Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts und die Bereicherungsklage.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

EDUARD KLAPPERT

Gerichtsreferendar

aus Norderney.

MARBURG 1932

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 14. Juni 1932.

Berichterstatter: Professor Dr. iur. et phil. Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN
IN DANKBARKEIT!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0112

INHALTS-VERZEICHNIS.

A. § 1: Einleitung 1

B. Erster Teil:

Der wucherische Vertrag.

§ 2: Das wucherische Rechtsgeschäft 2

§ 3: Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts . . . 2

§ 4: Der Umfang der Nichtigkeit 3

Das wucherische Leistungsgeschäft.

§ 5: Die Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts 10

§ 6: Die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts . . . 12

§ 7: Die Nichtigkeit des abstrakten wucherischen Leistungsgeschäfts 16

Zweiter Teil:

Das Rückforderungsrecht des Wucherers nach dem BGB. (§§ 812 ff.).

§ 8: Begriff und Voraussetzung der Bereicherungsklage . . . 20

§ 9: Die Stellung des § 817 BGB. innerhalb der Bereicherungslehre 22

§ 10: Das Verhältnis von § 817 Satz 2 BGB. zu § 817 Satz 1 BGB. 28

1. Das römische Recht 36

2. Die Entstehungsgeschichte 40

3. Der Gesetzestext 43

4. Der Gesetzeszweck 44

5. Die Rechtsanalogie 48

6. Indirekter Beweis 50

7. Die Entscheidung ist eine grundsätzliche 56

Das Rückforderungsrecht des Wucherers nach fremdem Recht.

§ 11: Russischer Rechtskreis 57

§ 12: Romanischer und anglo-amerikanischer Rechtskreis . . . 60

§ 13: Deutscher Rechtskreis 64

C. § 14: Kritik und Vorschlag 67

LITERATUR-VERZEICHNIS

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 13. Aufl. Breslau u. Leipzig 1930.

Ackermann: Ueber das Verhältnis des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (BGB. §§ 780 bis 782, 812 bis 822), in Gruch. Bd. 44, S. 573 ff.

Almási: Ungarisches Privatrecht, Bd. II Berlin u. Leipzig 1923 in Ungarische Bibliothek. Für das Ungarische Institut an der Universität Berlin, hgg. v. Robert Gragger, 2. Reihe.

Alsberg: Der Abbau der Wuchergesetzgebung in Recht und Wirtschaft, 10. Jg. S. 171 ff. Berlin 1921.

Altmann, Jacob, Weiser: Das österreichische allgemeine bürgerliche Recht. Nach dem Stande der Gesetzgebung vom 15. Dezember 1930, 4. Aufl. Wien 1931.

Altsmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch, 9. Aufl. Berlin 1901.

André: Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zu § 139 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Marburg 1913.

Arndt: Englische Gesetzgebung 1927 in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 3. Jahrg. 1929, S. 264 ff.

Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Civilistische Abhandlung, 2. Aufl. Cassel und Göttingen 1867.

Beckhaus: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig-R. 1906.

Behrend: Ueberteuerung und Wucher. JR. 1931 Nr. 7 S. 76, 77.

Bergschmidt: Kann der Wucherer die von ihm an den Bewucherten ausgezahlte Darlehns-Valuta zurückfordern? Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den abstrakten Rechtsgeschäften und den Kondiktionen. Diss. Berlin 1908.

Brachvogel: Begriff und Rechtsfolgen des zivilrechtlichen Wuchertatbestandes. Diss. Borna-Leipzig 1910.

Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. I. Berlin 1908.

Brakel: Rückforderung der zwecks Erfüllung eines anstößigen Rechtsgeschäfts bewirkten Leistung, unter besonderer Berücksichtigung des Wuchers und der Höchstpreisüberschreitung. Diss. (Maschinenschrift) Erlangen 1922.

Brenner: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts. Diss. Frankfurt am Main 1926.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 1. Abtlg., 2. Aufl. Erlangen 1879.

Brütt: Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht. Berlin 1908.

Burchard: Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin/Wien 1930.

Calé: Das Rückforderungsrecht des Wucherers beim wucherischen Darlehen. Diss. Berlin 1908.

Caro: Der Wucher. Leipzig 1893.

Carstens: Wirkungen der Anfechtung eines Kaufgeschäfts über bewegliche Sachen wegen Willensfehler. In JW. 1904, S. 134 ff.

Cohn: Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruch. Bd. 41 S. 784 ff.

— Kann der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern? In DJZ. 1904 S. 854 ff.

Cohn, Ernst: Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 135 S. 67 ff.
Collatz: Zum Recht des BGB. in Jher. Jahrb. Bd. 40. Jena 1898.
— Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Berlin 1899.
Conrad: Kreditgewährung als Gegenstand des Leistungswuchers. In DJZ. 1924 S. 976.
Cosack: Lehrbuch d. Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd.I, 5.Aufl. Jena 1910.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900; Bd. II,2. Tübingen und Leipzig 1900, 1902.
— Handbuch d. Französichen Civilrechts Bd.II 8.Aufl. Freiburg i.B. 1894.
Curti: Englands Privat- und Handelsrecht Bd. II: Handelsrecht. Berlin 1927.
Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes. 2. Aufl. Prag, Wien, Leipzig 1893.
Daniels: Code Napoléon avec les changements qui y ont été faites par loi du 3. Septembre 1807. Cöln 1807.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußen. Bd. I. 3. Aufl. Halle/Saale 1902. Bd. II 1. Abtl. 3. Aufl. Halle/Saale 1905. 2. Abtl. 3. Aufl. Halle/Saale 1906. 2. Abtl. 4. Aufl. Halle/Saale 1915.
Dietz: Die zivilrechtliche Behandlung des Wuchers nach dem BGB. Diss. Borna-Leipzig 1909.
Doebel: Die Bereicherung als Gegenstand der römischen condictio und des Anspruches aus § 812 BGB. Gotha 1908.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. IV. 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
Ebel und Lilienthal: Mieterschutz und Mieteinigungsämter. 3.Aufl. Bln. 1928.
Eccius: Kondiktion des Wucherers nach Bürgerlichem Gesetzbuche in DJZ. 1903 S. 41.
Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd.I, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.
Eckstein: Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträge. Arch. f. Bürg. R. Bd. 41 S. 178 ff.
Ehlert: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche. Greifswald 1919.
Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II 1. Hälfte. 2. Aufl. Wien 1928.
Eichler: Kann der Wucherer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? Diss. Leipzig. 1908.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I 8, (9). Aufl. Berlin 1903.
Engel: Wird der Rechtsbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und des „Schuldversprechens" und „Schuldanerkenntnisses" durch ihr gegen § 138 BGB. verstoßendes rechtsgeschäftliches obligatorisches Kausalgeschäft beeinflußt? Diss. Magdeburg-Wilhelmstadt 1911.
Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 1.Abtl. 30. Aufl. Marburg 1928. 2. Abtl. 23/27. Aufl. Marburg 1927.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 13. Bearb. Marburg 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. 11. Bearb. Marburg 1930.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung Amtl. Ausg. Berlin u. Leipzig 1888.
Desgleichen in der Fassung der Bundesrathsvorlagen auf amtl. Veranlassung Berlin 1898.
Feige: Die condictio ob turpem causam nach § 817 BGB. Diss. Borna-Leipzig 1911.
Fischer: Der Wucherer hat kein Rückforderungsrecht in Recht 1917 S. 284.
Förster: Veräußerung v. Grundstücken m. Bordellbetrieb, Recht 1905 S. 356.
Freund: Das Zivilrecht Sowjet-Rußlands. Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.

Friedmann: Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht. Berlin-Leipzig 1930 in Beitr. zum ausländisch. u. international. Privatrecht Heft 3.
Fuchs: Ein Hohn auf die Gerechtigkeit (Wortsklaventum und Rechtstreue). In Recht und Wirtschaft 10. Jahrg. Nr. 8, 9.
Gehnich: Bereicherungsansprüche aus nichtigen Verträgen. Diss. Borna-Leipzig 1926.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. III, München und Leipzig 1917 in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.
Goldmann: Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? Gruch. Bd. 56 S. 161 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. I. 2. Aufl. Berlin 1903.
Goetzel: Reichsmietrecht, Bd. 3. Das Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923; 2. Aufl. Berlin 1926.
Graff: Kann der Wucherer das von ihm Geleistete zurückverlangen? DJZ. 1908 S. 1102.
Gramse: Das neue Mieterschutzgesetz in der bis 31. März 1930 geltenden Fassung. Berlin 1928.
Haarhaus: Das neue englische Wuchergesetz (Money-Lenders Act, 1900) und seine Vorgeschichte. Diss. Stuttgart 1904.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge Bd.II 2.Aufl. Mchn. 1900.
— Rechtsfragen aus dem Gebiete der Höchstpreise in LZ. 1915 S. 14 ff.
Hagen: Die condictio ob turpem causam im gemeinen Rechte und Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Borna-Leipzig 1913.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven u. sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Berlin Stuttg. Leipz. 1897.
Hass: Das Verhältnis des § 817 zu den §§ 134, 138 BGB. Diss. Marburg 1921 (22) Maschinenschrift.
Heck: Die Ausdehnung des § 817 S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. In Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 124, S. 1 ff. (teilweise zit. a.a.O.).
— Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil, Freiburg i. Br., Leipzig u. Tübingen 1897.
Henseler: Die rechtlichen Beziehungen des Wucherers zu dem Bewucherten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Heidelberg 1912.
Hertel: Mieterschutz und Wohnungszwangswirtschaft. Bd. I. 4. Aufl. Breslau 1. Dez. 1926.
Heymann: Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn. Tübingen 1917.
Hoppe: Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB. auf alle Bereicherungsansprüche. Diss. Breslau 1927.
Jackisch: Ueber den Gesetzeswiderspruch des § 138 BGB. mit § 817 BGB. Diss. Borna-Leipzig 1911.
Jacobi: Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen in Jher. Jb. Bd. 4 S. 159 ff.
Jacoby: Das Wuchergeschäft in Jher. Jb. Bd. 60 S. 229 ff.
— Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken in JW. 1908 S.451.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes". Leipzig 1902 (zit. Ber. Anspr.).
— Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens. Jher. Jb. Bd. 33. 2. Flg. Jena 1920.
— Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB.) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts in: „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" von Otto Schreiber, Bd. III Berlin, Leipzig 1929 (zit. Jung in RG. Prax.).
— Bürgerliches Recht in Stammler: „Das Gesamte Deutsche Recht In Systematischer Darstellung" Bd. I Berlin 1931 (zit.Jung bei Stammler).

Kallmann: Inhalt u. Umfang der Bereicherungsansprüche Diss. Greifsw. 1911.
Kaufmann: Hat d.Wucherer kein Rückforderungsrecht? In Recht 1918 S.119.
Keidel: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Grund von J. v. Staudingers Kommentar. 3. Aufl. München, Berlin u. Leipzig. 1931.
Kiefersauer: Grundstücksmiete. 1. Teil: Mieterschutz und Wohnungsmangel. 3. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1926.
Klibanski: Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts. Bd.III Berlin 1918.
Klingmüller: Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches. Bd.9. 4.H. Jena 1903.
Kloss: Die Erfüllung durch Eingehung einer Verbindlichkeit. §§ 364 Abs. 2, 607, 817 BGB. Diss. Erlangen 1927.
Koffka: Die Reichs-Wuchergesetze vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893. Berlin 1894.
Kohler: Die Ideale im Recht. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 5 S. 244.
— Bürgerliches Recht in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. I Nr. 5 S. 563 ff.; Leipzig, Berlin 1904.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1. Teil, Berlin 1906.
— Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Vertrag und Uebergabe Arch. f. Bürg. Recht Bd. 18. S. 1 ff.
Krawielicki: Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht. In Jher. Jb. Bd. 45 S. 257 ff.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Kriegsmann: Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Bln. 1905.
Krückmann: Unwürdigkeit. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 40 Berlin 1914.
— Der Rückforderungsanspruch des Wucherers in Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern 1915 S. 189 ff.
— Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches 5. Aufl. Berlin 1929.
Krüger-Herbot: Das gesamte Mietnotrecht in Preußen. Kommentar 2. Aufl. Berlin 1928.
Kuhn: Grundzüge des Englisch-Amerikanischen Privat- und Prozeßrechts. Zürich 1915.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 3. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928 in Lehrbücher u. Grundrisse der Rechtswissenschaft.
Lehmann, Heinrich: Wucher und Wucherbekämpfung im Krieg und Frieden. Leipzig 1917.
Leonhard, Franz: Die Beweislast, 2. Aufl. Berlin 1926.
— Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2.Aufl. Bln. 1926.
— Besonderes Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB. Bd. II, München u. Leipzig 1931. In Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. 10. Abtlg. 2. Teil, Bd. II. (zit. Bes. Schuldrecht).
Leonhard, Rud.: Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft in „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen" X, Berlin 1900.
Lesser: Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden. In JW. 1919 S. 91 ff.
Lichtenstein: Die privatrechtl. Behandl. d. Wucherers. Diss. Rostock (1904).
Löwenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I 2. Aufl. Berlin 1926. Bd. III. Bes. Teil. Berlin 1928.
— Wegweiser durch das BGB. 7. Aufl. Berlin 1927.
Lotmar: Der Unmoralische Vertrag. Insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.
Lucas: Die neue Vergleichsordnung. Berlin 1927.
Lux: Das Rückforderungsrecht des Wucherers und die Nichtigkeitslehre in LZ. 1919 S. 561 ff.
Maklezow: Timaschew, Alexejew und Sawadsky: Das Recht Sowjet-Rußlands. Tübingen 1925.

Manigk: Auslegung in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd.I S.429 ff. Berlin u. Leipzig 1926 (zit. a.a.O.).
— Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts von R. Leonhard, 5. H. Breslau 1901.
Marcuse: Wirkung der Unmöglichkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft in Gruch. Bd. 66 S. 159 ff.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.I 4.Aufl. 1900, 5.Aufl. 1910.
Matthießen: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, JW. 1911. S. 923.
Mayer: DIE JUSTA CAUSA BEI TRADITION UND USUKAPION. Erlangen 1871.
Mayr, Rob. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. II. 3. Buch, 4. u. 5. Buch. Reichenberg 1923.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Leipzig 1903 (zit. Ber. Anspr.).
Meisner: Der Allgemeine Theil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Kommentar. Breslau 1898.
Melzer: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für d. Tschechoslowakische Republik. Brünn 1928.
Meyer, E.: Der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf Grund unerlaubter Handlung. Diss. Rastenburg 1913.
Meyer, Fr.: Die Einwirkung des wegen Verstoßes gegen § 138 I BGB. nichtigen obligatorischen Rechtsgeschäfts auf die Rechtswirksamkeit des zu seiner Erfüllung vorgenommenen abstrakten Geschäfts. Diss. Marburg 1927.
Meyerowitz: Das gesamte Miet- und Wohnungsrecht. Nach dem Stand von Mai 1929. 2. Aufl. Berlin 1929.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I Amtl. Ausg. Berlin u. Leipzig 1888. Bd. II. Amtl. Ausg. Berlin und Leipzig 1888.
Müller: Die Entwicklung des sowjetrussischen Strafrechts. In Monatszeitschrift für Kriminal-Psychologie und Strafrechtsreform 11. Heft, S. 647 ff. Heidelberg 1930.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl. Bd. I, München 1904.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I Berlin 1899. Bd. II Berlin 1899.
Munk: Mietwucher. Berlin 1927.
Neubecker: Die civilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht. In DJZ. 1902 S. 568 ff.
— Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen in Arch. f. Bürg. Recht Bd. 22 S. 34 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I (1.—3. Buch) 5. Aufl. Berlin 1909.
— Jahrbuch des Deutschen Rechtes. 3. Jahrg. Bd. I Berlin 1905.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgemeiner Teil 3. Aufl. Berlin 1927. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse 2.Abtlg. § 433—853; 5.Aufl. Berlin 1929 (zit.2.Buch).
— Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde in DJZ. 1902 S. 105 ff.
— In Deutsches Mietrecht 1929 S. 771, 772.
— In JW. 1917 S. 255.
Oettinger: Mangelhafte Rechtsgeschäfte. In Bd.48 Rechtsfrag. d. Praxis 1931.
Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V, 1. Halbband, Art. 1—183, 2. Aufl. Zürich 1929.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I § 1—240. 4. Aufl. Berlin 1913. Bd. II, 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Plessen: Die Grundlagen der modernen condictio. Leipzig 1904.
Pollak: Die Beziehungen zwischen § 817 Satz 2 und § 812 BGB. Diss. Ohlau i. Schles. (Breslau) 1927.
Prochownik: Das Bürgerliche Recht Englands. Kommentar 2. Bd. nebst Nachträgen zu Bd. 1 und 2 Berlin 1929.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. Berlin 1898.
Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Bd. I Buch 1—3. Berlin 1894.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I Berlin 1899.
Rehn: Die Entwicklung des Wucherrechts im Deutschen Recht mit Berücksichtigung der wuchergesetzlichen Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Cottbus 1898.
Reichel: Nichtigerklärung eines Wuchergeschäftes gegen den Willen des Bewucherten. In LZ. 1917 S. 654 ff.
— Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB.) in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 104, S. 1 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I. 6. (7.) Aufl. Berlin, Leipzig 1928 (1929); Bd. II,2. 6. (7.) Aufl. Berlin, Leipzig 1928 (1929).
Rheinstein: Gesetzgebung. Rechtsprechung und Literatur Italiens im 2. Halbjahr 1926. In Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht; 1. Jahrg. 1927 S. 617 ff. (3. Zwang und Wucher).
Riezler: VENIRE CONTRA FAKTUM PRORIUM. Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht. Leipzig 1912.
Rimmelin: Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB. auf alle Bereicherungsansprüche. Diss. (Maschinenschr.) Tübingen 1925.
Rindfleisch: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 817 BGB. Diss. Wesermünde-Bremerhaven 1927.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1929.
Roquette: Wucher im Zivilrecht, insbesondere Mietwucher. In Rechtsfragen der Praxis Bd. 12, Berlin 1929.
Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen. In Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 98 S. 169 ff.
Ruf: Gibt der § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. einen einheitlichen Bereicherungsanspruch? Diss. Borna-Leipzig 1908.
Rumpf: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. In Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 117 S. 315 ff.
Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts. In Arch. f. Bürg. Recht Bd. 43 S. 319 ff.
Scharfenstein: Der Vermögensübergang beim Bereicherungsanspruch. Diss. Marburg 1929.
v. Schelling: Rechtsprechung in Belgien in den Jahren 1928 bis 1929 in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 4. Jahrg. 1930 S. 644. ff.
Scheuermann: Mietwucher und angemessene Miete. Berlin.
Schirrmeister: Das Bürgerliche Recht Englands. Kommentar Bd. I. 1. Buch: Allg. Teil. 2. Hälfte, Berlin 1906.
Schöndorf: Neuerungen des Zivilgesetzbuchs Sowjetrußlands und ihre Anwendung in der Rechtsprechung. In Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht. 2. Jahrg. Berlin u. Leipzig 1928.
Schulte: § 817 BGB. Diss. Rostock 1919.
Siber: Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts. Schuldrecht. Leipzig 1931.
Siméon-David: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Hälfte, 14. u. 15. Aufl. Berlin 1928.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Stammler: Die Bedeutung Des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Für Den Fortschritt Der Kultur. ... Rede ... am 27. Januar 1900 ... gehalten ... Halle/Saale.
— Die Lehre Von Dem Richtigen Rechte. Berlin 1902.
— Zur Lehre Von Der Ungerechtfertigten Bereicherung Nach Dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle/Saale 1903.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. I 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1925. Bd. II. 3. Teil, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig. 1929.
Steinbach: Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung. Wien 1898.
Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Straßburg 1899.
Thiele: Raumwucherrecht (Mietwucher). Berlin, Wien 1928.
Titze: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1926. In Enzyklopädie Der Rechts- Und Staatswissenschaft, Abtlg. Rechtswissenschaft.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2. Hälfte, München und Leipzig. 1918.
— Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil Berlin 1923 In Enzyklopädie Der Rechts- Und Staatswissenschaft, Abtlg. Rechtswissenschaft.
— Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1. Halbband, Tübingen 1924.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd.III. 7. Aufl. Marbg. u. Leipz. 1869.
Vidal-Hadamczik: Mieterschutzgesetz nebst der Anordnung für das Verfahren. 3. Aufl. Hamburg 1926.
Voigt: UEBER DIE CONDICTIONES OB CAUSAM UND UEBER CAUSA UND TITULUS IM ALLGEMEINEN. Leipzig 1862.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I 2. Aufl. Tübingen 1930.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, erläutert durch die Rechtsprechung. Bd. I, 1.u.2. Buch. 5. Aufl. Leipzig 1931.
Werthauer: Rückkaufsgeschäfte und Wuchergesetz. In DJZ. 1929 S. 169 ff.
Weyl: Der Weltkrieg im Spiegel der „Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen". In Schreiber: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. IV. S. 38 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Wienstein: Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Rechte. Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 477 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd.II, 9.Aufl. Frankfurt/M.1906.
Witte: Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859.
Wüstendörfer: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 110. Tübingen 1913.
Zoltán: Aus der neuesten ungarischen zivilrechtlichen Judikatur. In Zeitschrift für Ostrecht. 5. Jahrg. 12. Heft, Dezember 1931.

A. § 1: Einleitung.

„In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere" [1]). Es ist nach natürlichem (ungeschriebenem) Recht erlaubt, daß Käufer und Verkäufer sich gegenseitig hintergehen. Dieser Grundsatz galt früher. Auch heute noch gilt es im Wirtschaftsleben der bürgerlichen Gesellschaft für erlaubt, seinen eigenen Vorteil nach Möglichkeit wahrzunehmen. Die Rechtsordnung beruht nach der Denkweise unserer Zeit und unseres Volkes jedoch auf einer höheren sittlichen Grundlage. Vor allem das Bürgerliche Gesetzbuch betont das sittliche Moment und hat dieses in den verschiedensten Vorschriften verankert. Eine der wichtigsten Vorschriften in dieser Hinsicht ist § 138 BGB., der deshalb auch ausdrücklich in der Reichsverfassung vom 11. August 1919 (Art. 152 Abs. 2 RV.) erwähnt wird.

Im folgenden soll nun das wucherische Rechtsgeschäft behandelt werden. Wucherisch können alle entgeltlichen Geschäfte [2]), alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte sein [3]). Am häufigsten und typischsten äußert sich jedoch der Wucher beim unverhältnismäßig hohen Zinsversprechen, beim Darlehen. Daher soll dieses den Gegenstand unserer Abhandlung bilden. Dabei soll neben den Fragen, ob der wucherische Darlehnsvertrag in seiner Gesamtheit, ob auch das wucherische Leistungsgeschäft nichtig ist, vor allem erörtert werden, ob der Wucherer ein Rückforderungsrecht hat, oder ob diesem Hindernisse entgegenstehen. Im Anschluß daran soll die Lösung dieser Frage im fremden Recht wiedergegeben und zu den Ergebnissen kritisch Stellung genommen werden.

---

1) Entnommen Leonhard, Rud. a.a.O. § 86 S. 378 (Paulus Dig. XIX, 2, fr. 22, § 3); s. auch Jung, Jher. Jb. Bd. 33 S. 59; Steinbach a.a.O. S. 46.

2) Jung bei Stammler, a.a.O. § 66 y S. 637; Enneccerus-Nipperdey Bd. 1 § 179 II 2 S. 587, v. Tuhr, Allg. Teil Bd. II,2 § 70 S. 41.

3)Eichler, a.a.O. S. 3; Roquette a.a.O. S. 9.

B. Erster Teil.

DER WUCHERISCHE VERTRAG.

§ 2: Das wucherische Rechtsgeschäft.

Die für das wucherische Rechtsgeschäft maßgebliche Vorschrift enthält der § 138 Abs. 2 BGB. Der § 138 BGB. in seinen beiden Absätzen lautet:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen."

Wie sich schon aus der Fassung des Abs. 2 ergibt, lassen sich die Begriffsmerkmale des wucherischen Rechtsgeschäfts in objektive und subjektive einteilen. Objektiv wird ein Mißverhältnis zwischen den Vermögensvorteilen des Gläubigers und dessen eigener Leistung an den Schuldner vorausgesetzt, das den Umständen nach sich als auffällig darstellt und durch ein Rechtsgeschäft zur Entstehung gebracht ist. Subjektiv wird vorausgesetzt, daß der Gläubiger bewußt — Absicht im Sinne von erstem, das Tätigwerden auslösenden, Zweck ist nicht erforderlich — die Notlage, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines Anderen ausbeutet[1]). Wir gehen im folgenden nun davon aus, daß der Darlehnsvertrag in diesem Sinne wucherisch ist und somit unter § 138 Abs. 2 BGB. fällt.

§ 3: Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts.

Das wucherische Rechtsgeschäft ist nichtig. Dies ergibt sich ohne weiteres aus § 138 Abs. 2 BGB.[2]). Aus dem Verbindungswort „insbesondere" im Absatz 2 ist ferner zu folgern, daß das wucherische Rechtsgeschäft ein Spezialfall von § 138 Abs. 1

1) Keidel, a.a.O. § 138 Anm. 4 S. 58; Leonhard, Lehrb. S. 38 Ziff. 4 B.c; Staudinger Bd. 1 § 138 II,3 b S. 584. RG. 60, 11.

2)Teilweise anders Calé a.a.O. S. 12/13.

BGB. ist[3]). Mit anderen Worten, im Falle des Abs. 2 ist nicht mehr zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt. Das wucherische Rechtsgeschäft verstößt ohne weiteres gegen die guten Sitten[4]). Die Nichtigkeit kann nun von jedem Interessenten, vom Wucherer wie Bewucherten geltend gemacht werden, ja sie ist sogar von amtswegen zu beachten[5]). Gehen wir nun davon aus, daß ein nichtiges wucherisches Rechtsgeschäft ein solches ist, das nach dem Willen der Parteien zwar ein Rechtsgeschäft werden sollte, dem aber die Rechtsordnung wegen des ihm anhaftenden Sittenverstoßes die Anerkennung versagt, so fragt sich: Ist das wucherische Rechtsgeschäft nur teilweise oder gänzlich nichtig?

§ 4: Der Umfang der Nichtigkeit.

Neumann, Hellmann, Eckstein und Lux vor allem sind der Ansicht, das unter § 138 Abs. 2 fallende Rechtsgeschäft sei nicht in seinem ganzen Umfange nichtig.

Neumann[6]) erklärt unter Berufung auf § 302 a StGB., die wucherlichen Vorteile seien Gegenstand einer neben dem Darlehnsvertrage stehenden selbständigen Abrede, sie seien mit „Bezug auf ein Darlehen" ausbedungen und gewährt. Hellmann[7]) spricht davon, man müsse einen Unterschied machen zwischen dem rechtlich gebilligten Rechtsgeschäft und demselben Rechtsgeschäft, sobald es die wucherische Eigenschaft angenommen habe. Das Rechtsgeschäft sei bis zum Betrage einer angemessenen Gegenleistung gültig. Die Hingabe einer Summe mit der Vereinbarung, sie zurückzuzahlen, sowie ferner die Festsetzung angemessener Zinsen seien nicht wucherische Rechtsgeschäfte. Lediglich der wucherische Zinssatz sei nichtig. Dieses Rechtsgeschäft sei von dem einwandfreien vollkommen zu trennen, dann ergebe sich auch aus § 139 BGB. keine Schwierigkeit.

---

3) Calé a.a.O. S. 11; Dietz a.a.O. S. 11; Düringer-Hachenburg, Bd. V. Allg. Einl. Anm. 109; Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 179 IV S. 589, RGR. Komm. Bd. I § 138,2 S. 224. RG. 47,104; 64,182; 122,364. S. auch Behrend JR. 1931 S. 76 ff.

4) Hagen a.a.O. S. 35. Stammler i. s. Rede, a.a.O. S. 29. Titze a.a.O. § 5,2 c S. 18. S. aber Leonhard, Lehrb. S. 38 Zif. 4 C.

5) Keidel a.a.O. § 138 Anm. 2 S. 58; v. Mayr; Ber. Anspr. S. 574; RGR. Komm. Bd.I § 125, 1a S.184; Staudinger Bd.1 § 138 I 7 S.580/81; RG.123,105 u.a.

6) a.a.O. § 817 1 b S. 595.

7) a.a.O. S. 128.

Eckstein[8]) geht davon aus, daß bei der Nichtigkeit des wucherischen Darlehnsvertrages in seiner Gesamtheit der Bewucherte in die Zwangslage versetzt werde, die Darlehnssumme sofort zurückzugeben. Der Bewucherte könne sich nicht darauf berufen, daß das Darlehen erst nach geraumer Zeit zurück gefordert werden könne. § 138 Abs. 1 und 2 BGB. wollten[9]), indem sie die Nichtigkeit der unsittlichen Rechtsgeschäfte schlechthin normierten, doch nicht über die „notwendige Nichtigkeit" hinausgehen. Diese Bestimmungen wollten nur die „qualitative Unsittlichkeit" regeln. Das Darlehen bestehe nicht, wie Hellmann meine, aus einem zinslosen Hingabegeschäft und einer Zinsstipulation, zumal nicht aus zwei selbständigen Rechtsgeschäften. Eine derartige Betrachtungsweise ließe die Eigenart der inaequivalenten Verträge nicht zu. „Die Unsittlichkeit bestehe" gar nicht in dem Inhalte einer Leistung, bei der allein eine Zerlegung in Bestandteile möglich sei, sondern „nur in dem Verhältnis zweier Leistungen". Als Verhältnis sei aber das dem Geschäft anhaftende unsittliche Moment etwas Unteilbares. § 139 BGB. könne danach nicht angewandt werden[10]). Selbst bei Anwendung des § 139 BGB. sei jedoch zu berücksichtigen, daß der Bewucherte das Geschäft mit Wucherzinsen gewollt haben würde; hätte der Wucherer das Geschäft ohne diese nicht gewollt, so komme sein Wille nicht in Betracht. Nach alledem kommt Eckstein zu dem Ergebnis[11]): „liegt die Unsittlichkeit eines Vertrages nur in dem inaequivalenten Verhältnis der Leistungen, so betrifft die Nichtigkeit den Vertrag nur in Hinsicht auf das Uebermaß der einen Leistung, während er, auf das Maß des Zulässigen reduziert, aufrecht erhalten bleibt".

Zu dem gleichen Schluß kommt auch Lux[12]). Er geht davon aus, es sei unhaltbar, dem Wucherer das Rückforderungsrecht zu versagen. Wenn die „praktischen Engländer" und die auf „Treu und Glauben und den Schutz guter Sitten im Rechtsleben eifrig bedachten Franzosen" den wucherischen Vertrag im Rahmen des Angemessenen bestehen ließen, wenn das Nichtigkeitsprinzip schon vielfach durchlöchert sei[13]), wenn man bei Höchst-

8) Arch.f.Bürg.R. Bd. 41 S. 222/23.
9) a.a.O. S. 226.
10) a.a.O. S. 228.
11) a.a.O. S. 230/31.
12) Lux L.Z. 1919 S. 561 ff.
13) Bei § 181 BGB. ist dies tatsächlich der Fall.

preisüberschreitung und Kriegswucher den Vertrag unter Herabsetzung des Entgelts habe bestehen lassen, so sei es verfehlt, aus § 138 Abs. 2 BGB. die totale Nichtigkeit des wucherischen Geschäftes zu folgern. Der Vertrag müsse vielmehr im Rahmen des Angemessenen aufrecht erhalten bleiben.

Diese Ansicht wird auch sonst als praktisch wünschenswert bezeichnet[14]). Darauf kommt es aber nicht an, welches Ergebnis, welche Lösung am glücklichsten ist, sondern allein darauf, was das geltende Recht, das Gesetz, vorschreibt. Nach der positiven Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB. ist nun aber das wucherische Rechtsgeschäft in seinem ganzen Umfange nichtig. Die wucherlichen Vorteile sind nicht, wie Neumann meint, Gegenstand einer neben dem Darlehnsvertrage stehenden selbständigen Abrede, das wucherische Rechtsgeschäft besteht ferner nicht — wie schon Eckstein mit Recht hervorhebt — aus zwei vollkommen getrennten Rechtsgeschäften. Eine solche Trennung ist nicht möglich. Der Wucherer gibt das Darlehen, damit er Wucherzinsen erhält, der Bewucherte läßt sich übervorteilen, damit er überhaupt Geldmittel erhält. Wucherer wie Bewucherter wollen ein einheitliches, nicht zwei getrennte Rechtsgeschäfte abschließen. Die Vermögensvorteile werden für eine Leistung versprochen oder gewährt. „Es besteht eine psychische und begriffliche Kausalität zwischen beiden Leistungen. Das „selbständige" wucherische Plus ist eine Fiktion: für sich allein gibt es ein solches gar nicht"[15]). Nichtig ist eben das Rechtsgeschäft, welches die Begriffsmerkmale des § 138 Abs. 2 BGB. erfüllt. Leistung und Gegenleistung können aber nur in ihrer wechselseitigen Gesamtheit verglichen werden. Zu einer partiellen Nichtigkeit könnte man nur dann im Anhalt an § 139 BGB. kommen, wenn man die wucherische Abrede als Nebengeschäft des Darlehnsvertrages — wie Neumann — auffassen könnte[16]). Das ist aber nicht möglich, da die wucherische Abrede gerade im engsten Zusammenhang mit der Hingabe des Darlehens steht. Im übrigen sind hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 139 BGB. die entgegenstehenden Ausführungen Ecksteins zutreffend.

Zu weit geht Eckstein aber mit seiner Behauptung, § 138

14) Darüber in § 14 d. Arb.
15) Neubecker in DJZ. 1902 S. 569.
16) Eccius in DJZ. 1903 S. 42.

Abs. 1 und 2 BGB. wollten bei der Normierung der Nichtigkeit nicht über die „notwendige Nichtigkeit" hinausgehen, nicht die „inaequivalenten Rechtsgeschäfte", sondern nur die „qualitative Nichtigkeit" regeln. § 138 Abs. 1 und 2 BGB. sprechen schlechthin von Nichtigkeit. Wie Eckstein selbst ausführt, ist § 139 BGB. nicht anwendbar. Wir haben eben ein einheitliches, auf dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beruhendes Rechtsgeschäft vor uns. Hierbei gibt es aber kein „inaequivalentes Rechtsgeschäft". Die wucherische Infektion erfaßt vielmehr das gesamte wucherische Rechtsgeschäft.

Damit ist auch die Ansicht von Lux als mit dem Gesetz unvereinbar widerlegt. So hat sich denn auch die Literatur[17]) und Rechtsprechung[18]) in ihrer überwiegenden Mehrheit auf den Standpunkt gestellt, daß der gesamte wucherische Vertrag nichtig ist. Teilweise kommt man zu diesem Ergebnis auf dem Weg über § 139 BGB.[19]), teilweise auf dem über § 138 Abs. 2 BGB.[20]). Wir halten — wie oben ausgeführt — den letzteren Weg für den richtigen. Praktisch würde zudem die Ansicht, der wucherische Vertrag sei nur teilweise nichtig, zu einem merkwürdigen Ergebnis führen. Der Wucherer könnte hinsichtlich des nichtwucherischen Teiles auf Erfüllung des Rechsgeschäfts durch den Bewucherten, dieser bei einem wucherischen Darlehnsversprechen auf Erfüllung desselben klagen.

Lux stützt nun seine Auffassung auf die Behandlung der Wucherfrage in Frankreich und England, die Durchbrechung des Nichtigkeitsprinzips, die Stellungnahme unseres Rechts bei der Höchstpreisüberschreitung und bei dem Kriegswucher. Wir müssen aber — wie schon oben erwähnt — feststellen, daß für uns nur die Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB. maßgeblich sein kann. Beachtlich wäre höchstens der Einwand hinsichtlich der

---

17) Calé a.a.O. S. 15; Dietz a.a.O. S. 10; Düringer-Hachenburg Bd. IV, Allg. Einl. Anm. 119 h. S. 103; Enneccerus-Nipperdey Bd. 1 § 179 III S. 588; Lehmann, Allg. Teil § 29 IV 3 S. 378. Oertmann, Allg. Teil § 138 5a S. 504; Planck, Bd. I § 138 III 4d S. 369. Rehbein, § 138 4 S. 187; Rehn a.a.O. S. 11; RGR. Komm. Bd. I § 138 2 S. 224; Roquette, a.a.O. S. 29. Staudinger Bd. I § 138 II 4 S. 585. v. Tuhr, Allg. Teil Bd. II,2. § 70 S. 42 Anm. 130; Warneyer, 1930 Bd. 1 § 138 IX S. 264.

18) RG. 30, 41; Warn. Rechtspr. 1908 Nr. 280.

19) Calé a.a.O. S. 15; Brachvogel a.a.O. S. 48; Brakel S. 29, Eichler a.a.O. S. 7; Soergel Bd. I § 138 2 S. 160 u.a.

20) Eccius DJZ. 1903 S. 42; Fischer Recht 1917 S. 284; Hagen a.a.O. S. 40/41, Henseler a.a.O. S. 23; Lichtenstein a.a.O. S. 16, 17. Neubecker DJZ. 1902 S. 569 u.a.

Behandlung der Höchstpreisüberschreitung und des Kriegswuchers.

So hatte sich in der Tat bei den gegen das Höchstpreisgesetz vom 4. August 1914[21]) und gegen die Verordnung gegen übermäßige Preissteigerung vom 23. Juli 1915[22]) verstoßenen Rechtsgeschäften der Grundsatz herausgebildet, daß diese Rechtsgeschäfte nicht nichtig seien, daß vielmehr nur die Herabsetzung der Vergütung auf eine angemessene Höhe eintrete. Aus fast gleichen rechtlichen Gesichtspunkten vertritt nun die Literatur und Rechtsprechung in ihrer überwiegenden Mehrheit diesen Standpunkt bei Verstößen gegen § 49 a M.Sch.G. (Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923, RGBl. 1923 I S. 353...). Da diese Vorschrift noch heute in Kraft ist, wollen wir an ihr die Unhaltbarkeit der u. a. auf sie gegründeten Ansicht von Lux nachweisen. Die Vorschrift über den „Miet-[23])Wucher" lautet:

„Wer für die mietweise oder auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses erfolgende Ueberlassung von Räumen oder im Zusammenhang damit für sich oder einen anderen einen Mietzins oder eine sonstige Vergütung fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse als unangemessen anzusehen sind, wird wegen Wuchers mit Räumen mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bestraft. Ist die Tat fahrlässig begangen, so ist auf Geldstrafe oder Gefängnis bis zu einem Jahre zu erkennen."

Diese Bestimmung ist in ihren rechtlichen Folgen umstritten[24]). Marwitz[25]) erklärt bei dem Vorhandensein ihrer Voraussetzungen den ganzen Mietvertrag für nichtig. § 49 a M.Sch.G. wolle, so führt er aus, verhindern, daß sich Personen durch unzulässige Geldaufwendungen Räume verschafften; dieser Zweck würde nur durch die totale Nichtigkeit des Mietvertrages erreicht. Aehnlich hält Margoninski[26]), trotzdem er nur die Vereinbarung der unangemessenen Vergütung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB. nichtig sein läßt, den ganzen Vertrag

21) Hachenburg in LZ. 1915 S. 16; RG. 88,250; 89,198; 97,82.
22) RG. 93,106; 98,293; 100 S. 39 ff.
23) So bezeichnet man § 49 a M. Sch. G. ungenau; an sich trifft er jeglichen Raumwucher.
24) Im folgenden soll nur d. einschläg. Spezialliteratur herangezogen werden.
25) Entnommen Thiele a.a.O. § 49 a S. 80. Ebenso in JW. 28 S. 2510.
26) Entn. Thiele a.a.O. § 49 a S. 81.

in der Regel für nichtig. Die Möglichkeit, daß der ganze Mietvertrag bei einem Verstoß gegen § 49 a M.Sch.G. nichtig sein kann, bejahen ferner: Ebel-Lilienthal[27]), Kiefersauer[28]), Krüger-Herbot[29]) und Scheuermann[30]). Die Genannten kommen in ihrer Mehrzahl zu diesem Ergebnis auf dem Wege über § 139 BGB., indem sie zunächst allerdings nur die Nichtigkeit der unangemessenen Vergütung nach § 134 BGB. annehmen. Schon Krüger-Herbot will diesen Schluß aber nur dann für gerechtfertigt halten, wenn die Umstände jeweils die Sittenwidrigkeit des Mietvertrages ergeben, falls nämlich der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gegen das gesunde Rechtsgefühl aller anständig und billig Denkenden verstößt. Er folgert dann die Nichtigkeit aus § 138 BGB., d. h. wohl aus § 138 Abs. 1[31]). Aehnliche Gedanken äußern auch Kiefersauer und Margoninski. Sie alle kommen damit dem Ziele näher, ohne es allerdings zu erreichen, zumal Margoninski, indem er ausführt, im Einzelfalle könne der Vertrag auch als gültig angesehen werden, hierbei komme es auf die Absicht der Parteien und die Umstände des Vertragsschlusses an.

Unseres Erachtens jedoch ist der gegen § 49 a M.Sch.G. verstoßende Mietvertrag niemals nichtig, sondern nur die unangemessene Vergütung[32]). Die Genannten gehen von falschen Voraussetzungen aus. Einmal setzt § 134 BGB. ein beiderseitiges Handeln gegen Gesetz oder Verbot voraus[33]). So führt vor allem das Reichsgericht (RG. 60 S. 277) treffend aus, die Motive zum BGB. hätten als Regel hervorgehoben, daß dann, wenn bei einem Vertrage das Verbot nur den einen Teil treffe, der Vertrag als solcher nicht ungültig sein solle. Dies sei nur dann der Fall, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür sprächen, daß das Verbotsgesetz, — obgleich es nur einem Strafe androhe — das Rechtsgeschäft selbst habe treffen wollen. Daraus ergibt sich zunächst, daß der Mietvertrag als solcher nicht unter § 134 BGB.

27) a.a.O. zu § 49 a Zif. 7 S. 306.
28) a.a.O. zu § 49 a Zif. 5 S. 205.
29) a.a.O. zu § 49 a Zif. 6 S. 343.
30) a.a.O. S. 16.
31) Siehe Anm. 29.
32) Ebenso Goetzel a.a.O. S. 279; Gramse a.a.O. S. 245; Hertel a.a.O. S. 367/68; Meyerowitz a.a.O. S. 546; JW. 27 S. 554 ff.; Munk a.a.O. S. 17, 18; Roquette a.a.O. S. 62. Thiele a.a.O. S. 79. Vidal-Hadamczik a.a.O. zu § 49 a Zif. 7 S. 264. RG. 120, 132; 122,130; LZ. 1931 S. 917; Gruch. 68 S. 518 ff.
33) Munk a.a.O. S. 18, Thiele a.a.O. S. 79; RG. Bd. 60 S. 277, 78, 353; 100, 40 ff. JW. 1912 S. 526.

fallen kann. Mit Strafe bedroht ist nur derjenige nach § 49 a M.Sch.G., der unangemessene Beträge fordert, annimmt oder sich versprechen läßt. Der „Mietbewucherte" handelt aber einwandfrei [34]). Nichtig ist vielmehr nur die unangemessene Vergütung. Sie soll von § 49 a M.Sch.G. getroffen werden. Der wucherische Mietvertrag kann nun zwar auch nach § 138 Abs. 1 oder 2 BGB. nichtig sein [35]). Die Frage, ob er dann gültig ist oder nicht, darf aber in diesem Falle nicht ohne weiteres nach den allgemein für Verträge geltenden Vorschriften beurteilt werden, wenn das materielle Recht durch Ausnahmebestimmungen durchbrochen und grundlegend geändert ist [36]). Eine solche Ausnahmebestimmung stellt § 49 a dar. Er will die Mieter schützen. Würde der Mietvertrag auf diese Weise schlechthin für nichtig erklärt werden können, so wäre der Mieter schutzlos der Räumungsklage des Vermieters preisgegeben. Zur Nichtigkeit des Mietvertrages kann — und muß — man aber nur dann im Anhalt an § 138 Abs. 1 oder 2 BGB. kommen, wenn neben der Vorschrift des § 49 a der Verstoß sich vor allem gegen sie richtet, wenn nur die Nichtigkeit des ganzen Vertrages dem besseren Schutze des Mieters dient. § 139 BGB. ist daher allein schon wegen des Schutzzweckes des § 49 a unanwendbar; dann aber auch, weil der wucherische Mietvertrag — genau wie der wucherische Darlehnsvertrag — nicht in zwei Teile zerlegt werden darf. Wir haben eben einen einheitlichen Vertrag vor uns.

Aus alldem ersehen wir, daß auch diese Vorschriften gegen „Kriegs- und Mietwucher" unsere Ansicht von der totalen Nichtigkeit des wucherischen Darlehensvertrages nicht umstoßen können. Diese Vorschriften behandeln den „Sozialwucher" [37]), während wir den „Individualwucher" behandeln. Zudem stellt sich § 49 a M.Sch.G. als Strafbestimmung dar, während wir gerade hiervon absehen und nur die lediglich unter § 138 Abs. 2 BGB. als solchen fallenden wucherischen Darlehnsverträge behandeln wollen.

Der wucherische Darlehnsvertrag ist mithin in seinem gan-

---

34) Munk a.a.O. S. 18, Kiefersauer a.a.O. S. 204.

35) Krüger-Herbot a.a.O. S. 343 Zif. 6; Munk a.a.O. S. 17. Oertmann in Dt. Mietrecht 1929 S. 771/72.

36) Gruch. 68 S. 520.

37) Lehmann, Wucher und Wucherbekämpfung S. 54; Munk a.a.O. S. 17. Vgl. auch Alsberg in Recht u. Wirtsch. a.a.O. S. 171; Roquette a.a.O. S. 5—7, 21 ff. Weyl b. Schreiber a.a.O. S. 54 ff.

zen Umfange nichtig. Dem Darlehnsgeber steht also eine auf die §§ 607, 609 BGB. gegründete Vertragsklage gegen den Darlehnsnehmer nicht zu [38]). Eine weitere Frage ist die, ob der Wucherer auf andere Weise zu seinem Geld, seiner an den Bewucherten gezahlten Valuta gelangen kann. Um diese Frage beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, festzustellen, ob der Wucherer Eigentümer der gezahlten Valuta geblieben ist oder nicht. D. h. unsere nächste Untersuchung muß sich darauf erstrecken, ob die Tradition der Darlehnsvaluta eine Vermögensverschiebung zur Folge hat, obgleich das zugrunde liegende Rechtsgeschäft — der Darlehnsvertrag — nichtig ist. Ist nämlich das Leistungsgeschäft in diesem Falle gleichfalls nichtig, so kann der Wucherer als nicht besitzender Eigentümer von dem Bewucherten als besitzendem Nichteigentümer mittels der rei vindicatio (§ 985 BGB.) die Darlehnsvaluta herausverlangen. Wir setzen dabei allerdings zwecks prinzipieller Klärung voraus, daß die hingegebenen Geldstücke noch erkennbar als von dem Wucherer stammend vorhanden sind und kein Eigentumsuntergang durch Vermengung etc. eingetreten ist.

DAS WUCHERISCHE LEISTUNGSGESCHÄFT.

§ 5: Die Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts.

Wir haben unserer Abhandlung einen Darlehnsvertrag zugrunde gelegt. Dieser Vertrag stellt sich als sog. Realvertrag dar [1]). Durch den Empfang des Geldes wird der Schuldner streng einseitig verpflichtet [2]), tantundem eiusdem generis — Sachen gleicher Art, Güte und Menge — an dem durch § 609 BGB. zu ermittelnden Fälligkeitstermin zurückzuerstatten. Erforderlich ist vor allem, daß dem Darlehnsnehmer das Eigentum an der ihm übergebenen Darlehnsvaluta verschafft wird. Wir sehen hieraus, daß zur Wirksamkeit des Darlehnsvertrages zweierlei erforderlich ist: ein Grundgeschäft und ein zur Eigentumsübertragung führendes sachenrechtliches Leistungsgeschäft.

38) Jung bei Stammler § 66 y S. 637; Roquette a.a.O. S. 34.

1) Jung bei Stammler § 201 h S. 894; Endemann Bd. I § 184 S. 1155 Anm. 2; Goldmann-Lilienthal Bd. I § 166 S. 608 Z. 2; RGR. Komm. zu § 607; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 139 II S. 463; Leonhard Bes. Schuldr. § 96 S. 185; Manigk a.a.O. S. 194.

2) Jung bei Stammler § 201 h S. 895.

Das Grundgeschäft besteht in einer Vereinbarung über eine vorzunehmende Güterbewegung, in einer „Sonderverbindung zu einem bestimmten sozialen Zusammenwirken". Diese kommt bei dem Darlehen als einseitigem Schuldvertrag dadurch zustande, daß der eine — Darlehnsgeber — dem andern — Darlehnsnehmer — eine Summe vertretbarer Sachen hingibt, und dieser sie mit beiderseitiger Willensübereinstimmung hinnimmt, um später jenem als seinem Gläubiger eine Summe gleicher Art und Güte der betr. vertretbaren Sachen zurück zu gewähren [3]).

Das Leistungsgeschäft besteht in der Uebereignung der Darlehnsvaluta. Dieses Geschäft bezeichnet man als abstrakten dinglichen Vertrag, als ein abstraktes Rechtsgeschäft. Abstrakt, losgelöst [4]) ist das Geschäft deshalb, weil der rechtliche Bestand der schuldrechtlichen Unterlage für die Rechtswirksamkeit der dinglichen Veränderung nicht erforderlich ist [5]), weil die Eigentumsübertragung als Verfügung [6]) wirksam ist, auch wenn sie einer causa, eines Rechtsgrundes ermangelt [7]), weil die Uebereignung der Darlehnsvaluta als sachenrechtliches Geschäft (§ 929 BGB.) nach dem System des BGB. so konstruiert ist, daß sie die Macht sachenrechtlicher Wirkung in sich selbst trägt [8]). Dinglich [9]) nennt man das Rechtsgeschäft, weil sich bei der Uebereignung der beiderseitige Wille nur auf die Herbeiführung der sachenrechtlichen Wirkung richtet und nichts von dem Kausalgeschäft in sich aufgenommen hat. Unseres Erachtens kann man auch mit Cohn [10]) das Wesen der Abstraktion darin erblicken, „daß durch die Rechtsordnung eine Gruppe von tatbestandlichen Elementen ohne Rücksicht auf ihren etwaigen wirtschaftlichen Zusammenhang mit weiteren Elementen eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zu einem Rechtsgeschäfte stereotypen Inhalts ausgesondert und von dem verbleibenden weiteren Rechtsgeschäft in bezug auf ihr rechtliches Schicksal entgegen der Vorschrift des § 139 BGB. abgesondert wird". Es

3) Jung bei Stammler § 144 S. 789.
4) Siehe auch Kriegsmann, a.a.O. S. 68.
5) Jung bei Stammler § 219 f S. 934. Motive Bd. II S. 3.
6) Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht — das ein Aktivum des Vermögens darstellt — unmittelbar zur Entstehung gebracht, aufgehoben, verändert oder belastet wird.
7) v. Tuhr, Allg. Teil in Enzyklopädie a.a.O. § 42 III S. 41.
8) RG. 63 S. 184.
9) Merkwürdigerweise gebraucht das BGB. selbst d. Wort „dinglich" nur einmal u. zwar in § 221 BGB.
10) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 135 S. 88.

sind mit anderen Worten die Vorschriften über die „Zustandsrechte" oder die zum Schutze der Vermögenszugehörigkeit gegebenen Befehle (sc. des Gesetzes), die die Bewegung eines erkennbaren Vermögensträgers aus einem bestimmten Vermögen in ein anderes bestimmtes Vermögen bewirken[11]). Der dem Recht der Schuldverhältnisse angehörende Darlehnsvertrag soll den Grund für die obligatorische Bindung der Parteien schaffen, die im Rahmen des § 929 BGB. erfolgende Uebereignung den Vertrag wirksam werden lassen, ohne daß das Ausbleiben dieser obligatorischen Wirkung die dingliche Veränderung beeinträchtigt.

Diese Grundsätze hat das BGB. zur besseren Durchführbarkeit und infolge dessen erhöhteren Verkehrsfähigkeit des in dem Grundgeschäfte begründeten Leistungsanspruches[12]), mit Rücksicht auf die Verkehrs- und Rechtssicherheit[13]), die Offenkundigkeit im Rechtsverkehr[14]) entwickelt.

§ 6: Die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts.

Im vorigen Paragraphen haben wir das Leistungsgeschäft, sei es forderungsbegründend (credendi) oder forderungstilgend (solvendi causa) als abstrakt dingliches Rechtsgeschäft hingestellt und erklärt, daß es als solches von dem Schuldgrund, der causa, losgelöst ist. Nach der Formel „Keine Regel ohne Ausnahme" will man nun dann, wenn, wie in unserem Falle, das zugrundeliegende Rechtsgeschäft nichtig ist, auch das abstraktdingliche Rechtsgeschäft, die Uebereignung, nichtig sein lassen. Zum Teil geht man davon aus, daß § 138 BGB. für die sittenwidrigen Geschäfte ganz allgemein die Nichtigkeit bestimme, daß mithin jedes, auch das abstrakte Rechtsgeschäft nichtig sei.

Vor allem Dernburg[15]) vertritt die Auffassung, daß die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts sich auch auf das Leistungsgeschäft erstrecke, trotzdem dieses von jenem losgelöst sei. Nach den §§ 134, 138 BGB. sei jedes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßende

11) Jung in RG. Prax. S. 162.
12) Jung b. Stammler § 144 S. 790.
13) Leonhard Bes. Schuldr. S.453; siehe aber auch Fuchs, a.a.O. S.161 ff. bes. S. 162 Anm. 1; Rumpf Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 117 S. 315 f.
14) Jung b. Stammler § 219 f S. 934.
15) Bd. 2, 2 § 379 II S. 687, Anm. 3 das. Ebenso Bd. II 2, 4. Aufl. 1915 § 379 und Anm. 5. Vgl. auch Wüstendörfer in Arch.f.Ziv.Prax. Bd.110 S.237 ff.

Rechtsgeschäft nichtig. Die Uebereignung vollziehe sich also im Rechtssinne nicht, so daß der Uebereignende das gesetzwidrig oder unsittlicherweise Gewährte vindizieren könne. Zu diesem Ergebnis kommt Dernburg mit folgender Begründung: die Uebereignung sei zwar von ihrer causa losgelöst, diese Unabhängigkeit beruhe aber auf dem Gebiete des privaten Willens.

Darauf ist zu erwidern, daß Dernburg die wahre Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts verkennt; denn das abstrakte Rechtsgeschäft — sicherlich ein künstliches Gebilde unserer Rechtsordnung[16]) — beruht nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf gesetzlicher Norm[17]). Diese allein scheidet das causale Moment aus.

Eng an die Lehre Dernburgs lehnt sich Neubecker an. Er[18]) geht davon aus, daß die Eigentumsübertragung nicht „so" abstrakt sei, wie man behaupte. Im Falle des § 138 BGB. sei die Eigentumsübertragung nichtig. Drückten schon die Motive einem Geschäft den Stempel der Unsittlichkeit auf, so sei doch wohl auch die causa dazu fähig, da man sonst die causa tiefer als das Motiv werte. Daß das „abstrakte" Geschäft causa und Motiv habe, sei anerkannt und folge schon aus § 817 BGB., indem der „Zweck" der Leistung entscheide, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege. Mithin könne man mit Fug behaupten, daß auch das abstrakte Geschäft einen Zweck habe.

Wir geben zu, daß Neubeckers Ansicht, auch bei dem abstrakten Rechtsgeschäft seien causa und Motiv vorhanden, zu billigen ist. Wir müssen aber feststellen, daß die Rechtsordnung causa und Motiv bei dem abstrakten Rechtsgeschäft grundsätzlich unbeachtet läßt. Es ist ferner zu betonen, daß der Zweck eines abstrakten Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten gerichtet sein kann, daß dieses selbst aber nur dann von der Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB. berührt wird, wenn es nach dem „aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter" gegen die guten Sitten verstößt. Das abstrakte Rechtsgeschäft hat aber lediglich eine Rechtsänderung auf sachenrechtlichem Gebiete zum Gegenstand. Wir müssen daran festhalten, daß nach dem Gesetz die obligatorische causa für das dingliche Rechtsgeschäft als sol-

16) Rindfleisch a.a.O. S. 26.
17) Schulte a.a.O. S. 17; Rindfleisch S. 39; Hagen S. 43; Brakel S.53/54.
18) Arch.f.Bürg.R. Bd. 22 S. 69, 70, 89.

ches nur die Rolle des Motivs spielt. Das Motiv übt aber in diesem Zusammenhange keinen Einfluß aus.

Es wird ferner die Auffassung vertreten, das abstrakte Rechtsgeschäft werde zwar durch die sittenwidrige causa nicht berührt, es bestehe aber doch eine gewisse Abhängigkeit zwischen beiden, die unter Umständen das abstrakte Rechtsgeschäft vernichte. Vor allem Enneccerus[19]) und Planck[20]) sind der Ansicht, daß bei Vereinigung des abstrakten und causalen Rechtsgeschäfts in einem Akt § 139 BGB. Platz greife. In einem solchen Falle bildeten beide eine untrennbare Einheit. Das abstrakte Rechtsgeschäft sei dann nur als ein Teil des ganzen gewollt. Dann müsse man, da das Kausalgeschäft unsittlich sei, auch den abstrakten — für sich allein nicht unsittlichen — Teil für nichtig halten. Zudem spreche im Falle der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts die Vermutung dafür, daß die Parteien das ganze Geschäft unter diesen Umständen nicht gewollt hätten.

Unseres Erachtens ist es aber unhaltbar, diesen Fragenkomplex danach zu beurteilen, ob Kausal- und Leistungsgeschäft in einem Akt, gleichzeitig oder getrennt getätigt werden[21]). Man denke nur an den Fall, daß der Darlehnsgeber mit dem Darlehnsnehmer an einem Tage den obligatorischen Darlehnsvertrag schließt, ihm das Geld gleichzeitig gibt oder einige Minuten bezw. Stunden später. Worin soll da der Unterschied bestehen? Eine derartige Behandlung erscheint uns etwas reichlich gekünstelt.

Sicherlich kann die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages von dem Bestehen des kausalen Rechtsgeschäfts abhängig gemacht werden[22]), kann also § 139 BGB. Anwendung finden[23]). Der enge Zusammenhang zwischen Kausal- und Leistungsgeschäft führt aber keineswegs dazu, die juristische Selbständigkeit des dinglichen Vertrages im Verhältnis zum Kausalgeschäft ohne weiteres zu Fall zu bringen. Eine derartige Abhängigkeit können die Parteien nur hervorrufen, indem sie das abstrakte

19) 30. Aufl. Bd. I 1 § 178 II 3; § 179 III 2; ebenso Ennec.-Nipperdey § 178 II 3 S. 582.

20) Bd. I § 138 Anm. 1 3 b § 139 Anm. 1 e. Ferner Kohler Arch.f.Bürg.R. Bd. 18 S. 118 ff. Lit.Ang. b. Meyer, Diss. S. 117.

21) Leonhard Bes. Schuldr. S. 485; Matthias, Lehrb. 5. Aufl. § 151 I A 1 S. 439; Rindfleisch a.a.O. S. 40. S. auch Kriegsmann a.a.O. S. 95, vor allem Goldmann Gruch. 56 S. 171 ff.

22) André, a.a.O. S. 17; Schulte a.a.O. S. 19.

23) RGR. Komm. Bd. 1 § 139 2 S. 232.

Rechtsgeschäft mittels einer Bedingung von dem Bestehen des Kausalgeschäfts abhängig machen[24]). Zu weit führt es aber, wenn das Reichsgericht[25]) bei der gleichzeitigen Vornahme von Kausal- und Leistungsgeschäft eine Abhängigkeit des letzteren von jenem in Gestalt einer stillschweigenden Bedingung erblickt.

Eine solche Bedingung muß unseres Erachtens ausdrücklich erklärt werden. Andernfalls würde die Verkehrssicherheit erheblich leiden. Ja, wir würden auf die längst verlassene[26]) Windscheid'sche Voraussetzungslehre zurückkommen. Wir müssen vielmehr davon ausgehen, daß einmal den Parteien im allgemeinen eine derartige „Abhängigkeits"-Absicht nicht zu unterstellen ist. Hätten die Parteien diese gehabt, so hätten sie dieselbe sicher geäußert. Ferner kann man mit demselben Recht auch sagen, daß die Parteien das obligatorische Rechtsgeschäft schließen und die dingliche Eigentumsübertragung vornehmen, weil sie annehmen, jenes sei gültig. Diese stillschweigende Annahme der Parteien besagt aber keinesfalls, daß die Parteien bei dem Fortfall des obligatorischen Geschäfts auch das dingliche Rechtsgeschäft, die Uebereignung als gegenstandslos beabsichtigt haben. Treffend erklärt Neumann[27]), würde man hier eine auflösende Bedingung annehmen, dann könne man auch den Umständen die Auslegung entnehmen, daß die Eigentumsübertragung regelmäßig stillschweigend von der auflösenden Bedingung abhängig gemacht sei, daß das Kausalgeschäft rechtsbeständig sei. Damit wäre aber die Verbindung des Grund- und Leistungsgeschäftes sowie die Abhängigkeit beider von einander festgestellt und das „große Prinzip" des abstrakt dinglichen Vertrages „in die Brüche gegangen".

So hat sich denn auch entgegen den oben genannten Befürwortern, deren Ansicht ferner von Brütt[28]), Hass[29]), Klingmüller[30]), Lotmar[31]), Matthießen[32]), v. Mayr[33]), Rumpf[34]), OLG.

24) André a.a.O. S. 17 u. 26; Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 223 2b S. 706; Meyer, Diss. S. 116. Planck Allg. Teil § 138 I 1 3b S. 363.
25) RG. 57 S. 96, 97; ebenso André S. 26.
26) OLG. Bd. 2 S. 383 ff.
27) JW. 1903 S. 256; ebenso Carstens JW. 1904 S. 135.
28) a.a.O. S. 138 ff.
29) a.a.O. S. 24.
30) a.a.O. S. 136, 137.
31) a.a.O. S. 62, 63.
32) DJZ. 1907 S. 534.
33) Ber. Anspr. S. 553.
34) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 117 S. 315 ff.

Kiel[35]) vertreten wird, die herrschende Ansicht für die Gültigkeit der Tradition ausgesprochen. Aus der Fülle der Literatur seien nur genannt Bähr[36]), Brachvogel[37]), Brenner[38]), Calé[39]), Cohn[40]), Collatz[41]), Crome[42]), Eccius[43]), Eichler[44]), Endemann[45]), Enneccerus[46]), Henseler[47]), Jacoby[48]), Jung[49]), Kriegsmann[50]), Leonhard[51]), Lichtenstein[52]), Neumann[53]), Oertmann[54]), Planck[55]), Stammler[56]), v. Tuhr[57]), Simeon-David[58]).

Zu dieser Auffassung zwingt auch die Vorschrift des § 817 BGB. und die ganze Einrichtung der Rückforderbarkeit einer Leistung gemäß § 812 (soweit die Bereicherung durch Leistung des Benachteiligten, nicht auf sonstige Weise, erfolgt ist.). Wenn hier von einer rückforderbaren Leistung gesprochen wird, so kann dies doch nur bedeuten, daß eine gültige Vermögensverschiebung stattgefunden hat[59]).

§ 7: Die Nichtigkeit des abstrakten wucherischen Leistungsgeschäfts.

Wir sehen also, daß die Uebereignung der Darlehnsvaluta an den Bewucherten trotz der Unsittlichkeit und der daraus folgenden Nichtigkeit des zugrundeliegenden Darlehnsvertrages

35) In LZ. 1920 S. 256.
36) a.a.O. S. 14.
37) a.a.O. S. 71.
38) a.a.O. S. 47, 48.
39) Calé a.a.O. S. 31.
40) DJZ. 1904 S. 854 ff.
41) Jher. Jb. Bd. 40 S. 140 ff.
42) Bd. II, 2 S. 1001.
43) DJZ. 1903 S. 42.
44) a.a.O. S. 14.
45) Bd. I § 95 S. 572 Anm. 8.
46) Ennec.-Nipperdey Bd. I § 178 II 3 S. 582.
47) a.a.O. S. 41.
48) Jher. Jb. Bd. 41 S. 94 Anm. 46.
49) bei Stammler § 219 f S. 933 ff.
50) a.a.O. S. 81, 82.
51) Bes. Schuldr. S. 485.
52) a.a.O. S. 36.
53) Jahrb. d. Dt. R. 3. Jahrg. zu § 817, Ziff. 1.
54) Oertmann, 2. Buch § 817. 4 S. 1349, 1350; DJZ. 1902 S. 105 ff.
55) Bd. I § 138 I 3 b S. 363.
56) Die Lehre v. richtigen Recht S. 493 ff.
57) Allg. Teil Bd. II, 2 § 70 S. 42 ff.
58) a.a.O. S. 647; ferner RG. 63, 184 ff. 68, 100; 75, 74 ff.; 109, 202; 111, 246; JW. 1912 S. 103.
59) Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 178 II 3 S. 582 u. Anm. 17; Leonhard, Bes. Schuldr. S.584, Lehrb. S.38 Z. 3 C. Oertmann 2.Buch § 817 4 S. 1349/50; u.a. — A.A. vor allem Dernburg, Bd. II 1 S. 219; Neubecker Arch.f.Bürg.R. Bd.22 S.89; Staudinger Bd.II 3. Teil § 817 6 S.1717, 1718 (dieser mit Lit.Ang.).

gültig erfolgt ist, weil sie nach ihrer abstrakten Natur von der Gültigkeit des Rechtsgrundes unabhängig ist. Es fragt sich aber, ob die Uebereignung selbst unsittlich ist[60]). Diese Frage kann, wie Leonhard treffend ausführt, niemals aus der Beschaffenheit des Rechtsgrundes heraus bejaht werden, sondern nur dann, „wenn gerade das dingliche Weggeben, die Entäußerung selbst der Sittlichkeit widerstrebt". Zu weit geht aber Leonhard mit seiner Behauptung, das träfe vor allem beim Wucher zu. Hier würde mißbilligt, daß dem Opfer Vermögensvorteile entrissen werden. Deshalb sei hier nach dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB. die Umstoßung des dinglichen Geschäfts möglich. Es ist zweifellos nicht richtig, zu behaupten, das dingliche Rechtsgeschäft könne seiner Natur nach niemals unsittlich sein[61]). So kann sehr wohl die Uebereignung des ganzen Vermögens im Rahmen der nach § 930 BGB. statthaften Sicherungsübereignung unsittlich und somit nichtig sein[62]). Es ist aber nicht haltbar, wenn Leonhard und mit ihm die herrschende Ansicht[63]) aus der Fassung des Wortlautes des § 138 Abs. 2 BGB. schließen, daß neben dem obligatorischen Grundgeschäft — „Versprechen" — auch das dingliche Leistungsgeschäft — „oder gewähren läßt" — nichtig sei.

Eine derartige Interpretation des § 138 Abs. 2 geht unseres Erachtens fehl. In § 138 Abs. 2 BGB. soll nur ein Beispiel des nach Abs. 1 unsittlichen Rechtsgeschäftes gegeben werden. So heißt es denn auch im Abs. 2: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch welches....." Hierbei kann aber nicht wieder zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft unterschieden werden. Das wucherische Rechtsgeschäft ist — wie wir oben gesehen haben — ein einheitliches. An abstrakte Rechtsgeschäfte hat man in § 138 Abs. 2 BGB. gar nicht gedacht. Der objektive Tatbestand des Wuchers erfordert ein „auffälliges Mißverhältnis" von Leistung und Gegenleistung. Das wucherische Rechtsgeschäft enthält also zwei Leistungen, eine des Wucherers und eines des Bewucherten. Die Aufnahme

60) Vgl. z. flg. Leonhard Bes. Schuldr. S. 484, 485 u. Lehrb. S. 38 Zif.3 C.
61) RG. 63,185. (Wohl aber nur grundsätzlich gemeint.).
62) RG. 109, 202.
63) Brenner, a.a.O. S. 89; Fuchs a.a.O. S. 162; Löwenwarter, Bd. I, § 138 S. 188; Planck Bd. I § 138 III 4d S. 369; Riezler, a.a.O. S. 180; Rosenthal zu § 138 Anm. 65 S. I 44; Warneyer 1931 Bd. 1 § 138 S. 119 Zif. 16; RG. 57, 97; Bd. 75 S. 76, Bd. 93 S. 75; Bd. 109 S. 202 Bd. 111 S. 246; JW. 1904 S. 168; LZ. 1924 S. 329. Gruch. Bd. 57 S. 921; Warneyer Rechtspr. 1913 Nr. 220.

von Leistung und Gegenleistung widerspricht aber dem Wesen des abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts[64]). Die dingliche Rechtsübertragung hat lediglich die Uebereignung zum Ziel und Inhalt, sie umfaßt nicht die Gegenleistung. Es kann also in § 138 Abs. 2 gar nicht der dingliche Akt gemeint sein. Nichtig ist eben nur das Rechtsgeschäft, durch das der Bewucherte sich verpflichtet hat[65]). Das ist aber der obligatorische Vertrag. Das Leistungsgeschäft selbst wird, wie von keiner anderen causa, so auch nicht von der wucherischen causa berührt.

Leonhard weist aber den richtigen Weg, indem er erklärt, die Entäußerung sei nichtig, durch die dem Opfer Vermögensstücke entrissen würden. Leonhard will also höchstens die Leistung des Opfers, eben des Bewucherten an den Wucherer unsittlich und nichtig sein lassen. Den gleichen Standpunkt vertreten vor allem v. Tuhr und Oertmann. v. Tuhr[66]) will die Tradition in dieser Richtung nichtig sein lassen, wenn gerade in dem Eigentumserwerb auf Seiten des Wucherers eine fortgesetzte Ausbeutung liege, Oertmann[67]), weil hier die tatsächliche Zusammengehörigkeit des Kausal- und Leistungsgeschäftes genüge, um den Nichtigkeitsgrund auch auf die Tradition einwirken zu lassen. Wir sind zwar der Auffassung, daß § 138 Abs. 2, die Tradition nicht erfassen will. Die Ausführungen Leonhards, v. Tuhrs und Oertmanns zeigen aber deutlich, daß man scharf scheiden muß zwischen der Leistung des Bewucherten an den Wucherer und derjenigen des Wucherers an den Bewucherten. Nur auf die Leistung des Bewucherten an den Wucherer könnten sich die Worte „versprechen oder gewähren läßt" beziehen[68]). Denn nur der Wucherer läßt sich etwas versprechen oder gewähren, was in auffälligem Mißverhältnis zu seiner, eben des Wucherers, Leistung steht. Vor allem Enneccerus und Roquette bekämpfen diese Auffassung. Roquette[69]) erblickt in

64) Jackisch a.a.O. S. 35; Meyer a.a.O. S. 30/31.
65) Jacoby JW. 1908 S. 451.
66) v. Tuhr, Allg. Teil Bd. II, 2 § 70 S. 46.
67) Allg. Teil, § 138 S. 504 Anm. 5a. Ferner Roquette a.a.O. S. 29.
68) So sind wohl auch d. oben erwähnten Ansichten aufzufassen. Mit aller Deutlichkeit vertreten diesen Standpunkt: Bergschmidt a.a.O. S. 50. Brachvogel a.a.O. S. 71; Brakel a.a.O. S. 60—63. Calé a.a.O. S. 25 Anm. 2; S. 31; Dietz a.a.O. S. 26; Düringer-Hachenburg Bd.IV. Allg. Einl. S.102 Anm. 118 g. Eichler a.a.O. S. 14, 15. Hagen a.a.O. S. 40; Henseler a.a.O. S. 41, Jackisch a.a.O. S. 35; Jacoby JW. 1908 S. 451; Leonhard, Rud. a.a.O. S.379. Oertmann Allg. Teil § 138 S. 504, 5a. v. Tuhr, Allg. Teil Bd. II,2 § 70 S. 46.
69) a.a.O. S. 9 Anm. 5 und S. 30.

der Leistung des Wucherers das Mittel der Ausbeutung. Würde der Zweck, die Ausbeutung, mißbilligt, so müsse das gleiche von dem Mittel, der Leistung des Wucherers, gelten. Ebenso argumentiert Enneccerus-Nipperdey[70]), er erklärt wie auch Leonhard[71]), daß gerade die Leistung des Wucherers gegen die guten Sitten verstoße. Das ist aber nicht der Fall. Nicht durch die Leistung selbst, sondern nur durch den Abschluß des Vertrages verstößt der Wucherer gegen die guten Sitten[72]). Seine eigene Leistung wird ja nicht unter dem Drucke der Ausbeutung bewirkt. Sicherlich verstößt der Zweck der Leistung des Wucherers gegen die guten Sitten. Das ist aber für die hier zu behandelnde Frage gleichgültig.

Wir sehen also, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes höchstens die Leistung des Bewucherten an den Wucherer unsittlich und nichtig sein könnte, müssen aber mit allem Nachdruck feststellen, daß die Leistung des Wucherers an den Bewucherten gar nicht gemeint sein kann. Der Bewucherte ist vielmehr Eigentümer der Darlehnsvaluta geworden.

In § 6 hatten wir nun ausgeführt, daß das dingliche Rechtsgeschäft von dem obligatorischen mittels einer Bedingung — d. h. einer ausdrücklich erklärten — abhängig gemacht werden könne. Bei dem wucherischen Rechtsgeschäft, vor allem dem Darlehnsvertrage, würde aber auch dieser Umstand selten, ja wohl nie zur Nichtigkeit der Uebereignung der Darlehnsvaluta führen. Bei dem wucherischen Darlehen haben Wucherer wie Bewucherter die Uebereignung im Auge. Das Leistungsgeschäft stellt sich als die Verwirklichung des kausalen Rechtsgeschäfts dar. Diese will der Wucherer herbeiführen, um Vermögensvorteile zu erlangen, der Bewucherte um Geldmittel zu erhalten. Alle beide wollen dieses Ziel auf jeden Fall erreichen. Wie? Das ist ihnen ganz gleichgültig. Ja, man kann vielmehr sagen, daß beide zielbewußt gerade von der Gültigkeit des Grundgeschäfts ausgehen, jedoch niemals daran denken, das Leistungsgeschäft von dem ersteren abhängig sein zu lassen.

Aus alledem folgt also, daß auch bei dem wucherisch-unsittlichen Darlehensvertrag der Bewucherte Eigentümer der ihm

70) Bd I § 178 III S. 588 Anm. 6b. Siehe auch Jacoby, Jher. Jb. Bd. 60 S. 241 ff.

71) Bes. Schuldr. S. 485.

72) Düringer-Hachenburg Bd. IV. Allg. Einl. S. 103 Anm. 119 h, Marcuse Gruch. 66 S. 168.

von dem Wucherer übergebenen Darlehensvaluta wird. Der Wucherer kann also seinen Rückforderungsanspruch nicht auf § 985 BGB. stützen. Als außervertraglichen Anspruch kann der Wucherer nur noch die Bereicherung des Bewucherten (§§ 812 ff. BGB.) geltend machen. Ob er mit diesem Anspruch durchdringt oder nicht, das soll im folgenden erörtert werden.

Zweiter Teil.

DAS RÜCKFORDERUNGSRECHT DES WUCHERERS NACH DEM BGB. (§§ 812 ff. BGB.).

§ 8: Begriff und Voraussetzung der Bereicherungsklage[1]).

Wir haben oben in den §§ 5 und 6 gesehen, daß das dingliche Leistungsgeschäft im geltenden Recht zu einem gegenüber dem ihm zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäft selbständigen Rechtsgeschäft ausgestaltet ist und zwar in der Weise, daß es die bestimmte dingliche Wirkung auch dann hervorruft, wenn der schuldrechtliche Bestimmungsgrund (die causa) sittenwidrig und damit nichtig ist. Wir haben ferner im § 7 festgestellt, daß dieser Grundsatz auch für das wucherische Leistungsgeschäft gilt. Mit anderen Worten, nach den Grundsätzen über das absolute Recht ist der Vorgang sanktioniert, nach der Gesamtheit der Grundsätze über das Obligationenrecht nicht[2]). „Schuldverhältnisse sind rechtliche Sonderverbindungen unter Privaten zu bestimmtem sozialen Zusammenwirken"[3]), die auf Forderungen gerichtet sind. Man kann mithin Schuldverhältnisse auch als Forderungsrechte bezeichnen, als Rechte der Güterbewegung[4]). Güterbewegung ist der Uebergang eines feststellbaren Einzelwertes aus einem Vermögen in ein anderes[5]). Hierzu bedarf es aber einer schuld- bezw. forderungsrechtlichen Unterlage. Fehlt eine derartige Unterlage, so muß die Güterbewegung wieder rückgängig gemacht werden[6]). Nun ist das Lei-

1) Gerade für die ungerechtfertigte Bereicherung hat man die verschiedenartigsten Begründungen und Definitionen gegeben. Wir wollen im § 8 die Ausführungen Jungs zugrunde legen.

2) Jung Ber. Anspr. S. 133.

3) s. Jung, Ber. Anspr. S. 65.

4) Jung bei Stammler § 117 S. 753 V. Ferner RG.Prax. S. 154 III.

5) Siehe Anm. 4 a.E.

6) Jung, Ber. Anspr. S. 129; Jung bei Stammler § 117 S. 753 V; RG.-Prax. S. 155.

stungsgeschäft, die Veränderung der dinglichen, „zustandsrechtlichen Lage" aber rechtlich begründet, und zwar formell wie materiell[7]). Gleichwohl muß die durch die Zustandsänderung herbeigeführte Wertbewegung rückgängig gemacht werden, weil zur Bewirkung solcher Vermögensbewegungen die Forderungsrechte bestimmt sind, und weil es gerade dieser Wertbewegung an der forderungsrechtlichen Unterlage fehlt. Die Wertbewegung hat sich zwischen zwei Vermögen vollzogen, ohne daß sich in den nur zwischen ihnen bestehenden, also in den schuldrechtlichen, obligatorischen Beziehungen dieser beiden etwas geändert hat[8]). Die erforderliche Kausalbeziehung des Leistungsgeschäfts, der Veränderung der absoluten Rechts- oder Genußlage, die eine direkte rechtliche Einwirkung auch auf die relativen Beziehungen der beiden Beteiligten haben sollte, ist eben hinfällig geworden, ausgeblieben[9]).

Diesen Gedanken hat das BGB. Rechnung getragen, indem es den Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung als den eines besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisses, Schuldgrundes aufgestellt hat. Rechtsnormen beruhen auf Abwägung von Interessen[10]). Auf praktischen Gesichtspunkten — siehe § 5 — beruht das System der Zustandsrechte, der abstrakt dinglichen Verträge. Ist das Kausalgeschäft aber nichtig, so muß also wiederum ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen geschaffen werden. Diesen Ausgleich gibt die Bereicherungsklage, nämlich den Ausgleich zwischen vorläufiger und endgültiger Wertverschiebung[11]), Wertbewegung. So bestimmt denn § 812 BGB.:

„Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses."

---

7) Jung in RG.Prax. S. 155.
8) Jung in Jher. Jb. Bd. 33 S. 163, 164.
9) Jung. Ber. Anspr. S. 129.
10) Heck, Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 61, 65, 68.
11) Siber, Grundriß § 74 I S. 416.

In unserem Falle trifft nach den obigen Ausführungen § 812 Abs. I Satz 1 BGB. zu. Der Bewucherte hat durch die Leistung des Wucherers auf dessen Kosten Eigentum an der Darlehnsvaluta erlangt und zwar ohne rechtlichen Grund, nämlich „ohne schuldrechtliche Unterlage“[12]). Der Darlehnsvertrag, die schuldrechtliche Unterlage, ist ja nicht existent. Mithin ist der Bewucherte dem Wucherer gegenüber zur Herausgabe der Darlehnsvaluta, des rechtlosen Erwerbes aus fremdem Vermögen[13]), verpflichtet und zwar notfalls im Rahmen der §§ 818, 819 BGB.

Unser Gesetzbuch gewährt nun des öfteren einen Anspruch, macht aber gleichzeitig wieder Einschränkungen, die zur Versagung des Anspruchs führen können (z. B. §§ 464, 561 Abs. 2 Satz 2, 2339 BGB.). Mit anderen Worten, wir müssen nach der grundsätzlichen Bejahung des auf die Bereicherung des Bewucherten gerichteten Rückforderungsrechtes prüfen, ob dieses Ergebnis sich als endgültiges darstellt oder nicht. Bei der Frage nun, ob das Gesetz ein Veto einlegt, sind vor allem die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung selbst in ihrer Gesamtheit zu untersuchen.

§ 9: Die Stellung des § 817 BGB. innerhalb der Bereicherungslehre.

Man hat versucht, das Rückforderungsrecht des Wucherers durch die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. auszuschließen. Um eine einheitliche Durchführung in der Beantwortung dieses ganzen Fragenkomplexes zu erreichen, wollen wir — was sich in der Abwicklung des Themas als richtig herausstellen wird — zunächst unterstellen, daß die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB., für sich betrachtet, auf das wucherische Rechtsgeschäft in der bezeichneten Richtung Anwendung finden kann. Gehen wir von dieser Erwägung aus, so müssen wir zunächst die Stellung dieser Vorschrift innerhalb der Bereicherungslehre feststellen. Der § 817 BGB. in seinen beiden Sätzen lautet:

„War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der

12) Jung, Jher. Jb. Bd. 33 S. 163.
13) Jung, Jher. Jb. Bd. 33 S. 75.

Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden."

Um die Bedeutung des § 817 BGB. zu erkennen, ist erst einmal auf die sogen. Einheitlichkeit der Bereicherungsansprüche einzugehen. Wir wollen diese Theorie mit Heck kurz „Einheitstheorie" nennen[14]). Diese Theorie stützt sich auf die Uebereinstimmung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung[15]) und erklärt: das BGB. habe im § 812 eine allgemeine condictio aufgestellt, die sämtliche anderen Kondiktionen, zumindest die in den §§ 812 ff. aufgezählten umfasse[16]). § 812 BGB. umfasse alle Bereicherungsansprüche, die dort gegebenen Voraussetzungen dürften bei keinem Bereicherungsanspruche fehlen[17]). Die Bereicherungsansprüche ordneten sich sämtlich dem Prinzip des § 812 BGB. unter[18]). Man habe nicht alle Fälle normieren können und deshalb einen einheitlichen Bereicherungsanspruch geschaffen[19]). Es bestehe jetzt ein „einheitlich gefügtes Reich mit zentraler Gewalt und nicht bloß ein völkerrechtliches Band um eine Menge souveräner und innerlich gesonderter Einzelheiten von mehr oder minder Stärke für sich"[20]). Diese „Einheitstheorie" wird von der herrschenden Meinung[21]) vertreten und aus ihr geschlossen, daß § 817 Satz 2 BGB. auch gegenüber dem § 812 BGB. Geltung habe.

Eine derartige Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruches

---

14) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 13.
15) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 14.
16) Enneccerus-Lehmann Bd. II § 217 II 2 S. 679.
17) Scharfenstein a.a.O. S. 37.
18) Stieve, a.a.O. S. 22.
19) Eichler a.a.O. S. 21, 22.
20) Hagen a.a.O. S. 25.
21) Achilles-Greiff, § 817 3 S. 420; Ackermann, a.a.O. S. 587; Beckhaus a.a.O. S. 12; Brachvogel a.a.O. S. 94; Brakel, a.a.O. S. 70; Burchard, a.a.O. § 93 II S. 169; Calé a.a.O. S. 17 und 36. Doebel a.a.O. S. 44; Eichler a.a.O. S. 21, 22. Haidlen Bd. I § 812 S. 917, Hoppe a.a.O. S. 21; Jackisch a.a.O. S. 33; Kallmann a.a.O. S. 11; Lichtenstein a.a.O. S. 38; Meyer, E. a.a.O. S. 23; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 28, 29, 41; Oertmann 2. Buch Vorbem. vor § 812, 2 e S. 1332; Plessen a.a.O. S. 13; Pollak, a.a.O. S. 16; RGR.Komm. Vorbem. vor § 812 S. 496; Rindfleisch a.a.O. S. 7, 8. Ruf a.a.O. S. 11, 13, 14, 84; Rumpf Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 117 S. 389; Stammler, zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung S. 2. Ferner das RG. in ständ. Rechtspr. im Anschluß an RG. 63 S. 353 ff.

ist nicht vorhanden. Enneccerus-Lehmann[22]) stützt seine Ansicht vor allem auch auf die Behandlung der condictio im römischen Recht. Schon dort seien die verschiedenen Formen der condictio nur Besonderheiten einer im Grundprinzip einheitlichen condictio gewesen. Schon dort habe neben der condictio indebiti, condictio ob causam datorum, condictio ob turpem und injustam causam ein allgemeiner, auch diese speziellen Kondiktionen umfassender Anspruch, die condictio sine causa, eben der allgemeine Typus der condictio, bestanden. Diese condictio sine causa unterliege in den oben erwähnten Fällen besonderen abweichenden Vorschriften, die sie dann zur c. indebiti, c. ob causam datorum usw. machten. Wir müssen jedoch feststellen, daß die Römer keinen einheitlichen Bereicherungsanspruch kannten. Die Lehre von der Ausgleichung, der ungerechtfertigten Bereicherung stammt zwar aus dem römischen Recht. Hier wurde sie auch durch die oben erwähnten condictiones verwirklicht. Die condictio stellte sich ursprünglich als eine streng einseitige Klage aus formellem Tatbestande dar. Daneben diente sie aber auch zur Klage aus Darlehen, stipulatio und Delikten. Man denke nur an die condictio furtiva. Die Römer gewährten also mehrere verschiedene Ausgleichsansprüche, deren Tatbestand und Wirkungen verschieden waren[23]). Hinter diesen Kondiktionen stand die allgemeine aber nur subsidiäre condictio sine causa[24]). Wir ersehen also, daß die Römer keinen einheitlichen Bereicherungsanspruch kannten[25]).

Im Anschluß an die römisch-kasuistische Aufzählung der Bereicherungstatbestände stellte denn auch zunächst der I. Entwurf[26]) zum BGB. vier besondere Fälle auf: Erstens: Leistung einer Nichtschuld (§§ 737 bis 741); zweitens: Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges (§§ 742—744); drittens: Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung (§§ 745, 746); viertens: verwerflicher Empfang (§ 747). Während in diesen Fällen die Bereicherung ihren Grund in einer Leistung hatte, wurde in dem anschließenden § 748 unter dem Motto „Sonstiges grundloses Haben" eine

22) Bd. 2 § 217 II 1 S. 679; ebenso Plessen a.a.O. S. 10 und die dort Anm. 1 genannten.
23) Leonhard Bes. Schuldr. § 238 S. 452.
24) Oertmann, 2. Buch Vorbem. v. § 812 2 e S. 1332; Hagen a.a.O. S. 25.
25) Ferner Calé a.a.O. S. 45; Rimmelin a.a.O. S. 26; Stieve a.a.O. S. 26.
26) Entwurf I S. 165 ff.

Vorschrift für die restlichen Fälle angehängt[27]). Infolge der Vorwürfe Gierkes und Lenels beschloß die Kommission für die zweite Lesung[28]), einen Gegenentwurf vorzulegen und im Anschluß an Art. 70 des Schweizerischen Bundesgesetzes die ergänzende Vorschrift des § 748 Abs. 1 zum allgemeinen Grundsatz zu erheben. Man ging dabei von der Erwägung aus, daß die Vorschriften wesentlich an Uebersichtlichkeit und Klarheit gewännen, daß es zudem systematisch richtiger sei, das „allgemeine, die ganze Lehre beherrschende Prinzip an die Spitze zu stellen". Also, könnte man sagen, haben wir doch einen einheitlichen Bereicherungsanspruch. Das ist jedoch nicht der Fall. Man kann nämlich nur sagen, daß den verschiedenen Bereicherungsansprüchen ein einheitliches Prinzip zugrunde liegt. Materiell enthält die allgemein gemeinte Formel des § 812 BGB. das Prinzip, das sie geben will, nicht[29]). Die Formel besagt nur, „daß da, wo die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung gegeben sind, ein Rückgabeanspruch entstehen soll; sie sagt nicht, wie diese Voraussetzungen beschaffen sind. Der erste Satz des § 812 bedeutet vielleicht eine recht scharfe Fassung des Problems, aber nicht dessen Lösung"[30]). Wie die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. aufzufassen sind, haben wir allerdings oben für unser Thema geklärt. Daß aber gerade diese hier erforderlichen Voraussetzungen nicht bei allen Bereicherungsansprüchen zugrundeliegen müssen, zeigt § 817 BGB.; denn hier bildet „nicht das Fehlen der obligatorischen Verbindung zwischen den beim Leistungsgeschäft Beteiligten, sondern das ausdrückliche Verbotensein dieser Sonderverbindung" den Grund der Rückforderung[31]). In § 817 BGB. verstößt nicht das obligatorische Verhältnis gegen die guten Sitten, nicht die Annahme durch den Empfänger, es sind vielmehr nur weitere Erwartungen und Absichten, die der Transaktion den verbotenen Charakter aufprägen. § 817 BGB. will nicht eine Leistung wegen Verfehlens ihres rechtlichen Zweckes rückgängig machen. Daraus folgt, daß § 817 BGB. im Gegensatz zu § 812 BGB. auch dann eingreift, wenn eine schuldrechtliche Unterlage vorhanden ist.

27) Hagen a.a.O. S. 25 Anm. 3; Plessen a.a.O. S. 11.
28) v. Mayr, Ber. Anspr. S. 27, 28; Protok. Bd. II S. 684.
29) Jung, Ber. Anspr. S. 16. Vgl. aber auch ders. RG.Prax. S. 162.
30) Siehe Anm. 29.
31) Jung, Ber. Anspr. S. 115, 116.

Zu weit geht aber Jung mit seiner neuerdings vertretenen Auffassung[32]), § 817 BGB. erfasse nur die Fälle, in denen bei einer „sonst schuldrechtlich begründeten Wertbewegung" besondere Verwerflichkeit des Empfanges hinzukomme, in denen sonst eine Rückforderung nicht gegeben sei. § 817 BGB. fordert zwar nicht die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts[33]), setzt vielmehr grundsätzlich dessen Gültigkeit voraus; § 817 ist aber auch in den Fällen anwendbar, in denen das Kausalgeschäft infolge der §§ 134 oder 138 BGB. nichtig ist, also eine schuldrechtliche Unterlage fehlt[34]).

Aus alledem folgt, daß die §§ 812 und 817 BGB. verschiedener Natur sind. Enneccerus-Lehmann[35]) bestreitet dies und führt aus, derjenige, der aus verbotenem oder unsittlichem Grunde erwerbe, der erwerbe eben ohne rechtlichen Grund. Das ist aber nur eine Konstruktion[36]). Es ist eben nicht dieses „ohne rechtlichen Grund" — wie oben ausgeführt ist — sondern das „ausdrückliche Verbotensein dieser Sonderverbindung", der Zweck der Leistung und der danach in der Annahme der Leistung liegende Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, worauf es § 817 BGB. abstellt. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Bestimmungen beruht darin, daß § 812 BGB. zwischen einer Bereicherung, die „durch die Leistung eines anderen" oder „in sonstiger Weise" erlangt ist, unterscheidet, § 817 BGB. aber nur dann anwendbar ist, wenn eine "Leistung" vorliegt. § 817 BGB. ist also in den Fällen der zweiten Variante des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht anwendbar[37]). Zu beachten ist ferner auch, daß § 814 BGB. nur auf die Fälle

---

32) Jung bei Stammler § 120 c S. 757, 758; ebenso Calé a.a.O. S. 49; Feige a.a.O. S. 15, 16; Gehnich a.a.O. S. 36; Jackisch a.a.O. S. 38.

33) Achilles-Greiff, § 817 1 S. 419; Pollak a.a.O. S. 23; RGR. Komm. § 817 1 c S. 520. Rindfleisch a.a.O. S. 20. Soergel, Bd. I § 817 3 S. 1187; Staudinger Bd. 2, 3. Tl. § 817 6 S. 1717; RG. 96, 345; Recht 1914 Nr. 2440; Gruch. Bd. 58 S. 894.

34) Ebenso Staudinger (Anm. 2) U.E. falsch Engel a.a.O. S. 58, unsittl. causa würde vorausgesetzt.

35) Bd. II § 217 II 2 S. 679; Crome Bd. II § 322 S. 1000. Friedmann a.a.O. S. 143; Lichtenstein a.a.O. S. 40; Witte, a.a.O. § 22 S. 154.

36) So auch Jung Ber. Anspr. S. 116.

37) Ebenso Calé a.a.O. S. 55; Jacoby Jher.Jb. Bd. 60 S. 241 ff.; Leonhard Bes. Schuldr. § 260 S. 493; Siber JW. 1925 S. 1392 zu Nr. 22; ders. Grundriß § 74 III 2 d S. 434; RGR. Komm. § 817 1 d S. 521; Staudinger Bd.3, 3. Teil § 817 2 S. 1710.

der reinen condictio indebiti, nicht jedoch auf § 817 Abs. 1 anwendbar ist[38]).

Die Erklärung der Stellung des § 817 BGB. innerhalb der Bereicherungslehre, zumal dem § 812 Abs. 1 Satz 1 gegenüber, kann eben nur dadurch besonders deutlich gemacht werden, daß man nicht das Uebereinstimmende, sondern das Unterscheidende der Bestimmungen hervorhebt. Um den Unterschied besonders hervorzuheben, sei nach der Behandlung der Voraussetzungen beider Vorschriften noch auf die unterschiedliche Behandlung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. und des § 817 Satz 1 BGB. bei der Frage des Umfanges der Herausgabepflicht hingewiesen[39]). § 819 Abs. 1 BGB. spricht ausdrücklich von dem „Mangel des rechtlichen Grundes", § 819 Abs. 2 BGB. von der verbotenen oder unsittlichen „Annahme", § 819 Abs. 1 will nur die Fälle des § 812, § 819 Abs. 2 diejenigen des § 817 Satz 1 treffen. Wenn beide Bestimmungen (§ 812 und § 817) identisch wären, wenn beide eine schuldrechtliche Unterlage voraussetzten, so wäre eine derart krasse Unterscheidung im § 819 BGB. unverständlich. Aus alledem folgt vielmehr, daß beide Bestimmungen grundverschieden sind.

Es ist somit verfehlt, schlechthin von einer Einheitlichkeit der Bereicherungsansprüche zu sprechen oder § 817 BGB. schlechthin als Sonderfall[40]) zu bezeichnen. Für den Zweck der wissenschaftlichen „Darstellung" mag dies praktisch richtiger, ja vielleicht wünschenswert sein[41]). Man kann auch demgemäß sagen, § 817 BGB. gewähre einen Anspruch auf Rückgabe, weil es an einem zureichenden Grunde für die Vermögensverschiebung mangele, weil der formell vorhandene Rechtsgrund — auf den Normalfall abgestellt — vom Gesetz nicht als vollgültig anerkannt werde[42]). Insofern sind auch wir für die „Einheitstheorie". Für den Zweck der wissenschaftlichen „Untersuchung" müssen wir hingegen die „Unterscheidungstheorie"[43]) vertreten

38) Endemann Bd. I § 198 S. 1244 Anm. 44; Jung b. Stammler § 120 c S. 758; Oertmann 2. Buch § 817 1 S. 1348; Planck Bd. II,2 § 817 1 e S. 1661; Staudinger Bd. 2 3. Teil § 814 S. 1696; Warneyer 1931 Bd. 1 § 814 S. 714 Zif. 1; ferner RG. Bd. 97 S. 84, 85; 98, 239; 99, 165.

39) S. hierzu Leonhard, Bes. Schuldr. § 261 S. 497.

40) So Enneccerus-Lehmann, Bd. 2 § 223 3 S. 705, Goldmann-Lilienthal Bd. I § 817 Anm. 1 S. 872; Hoppe a.a.O. S. 9.

41) Vgl Heck, Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 15.

42) So Jung, Ber. Anspr. S. 116 Anm. 74.

43) Leonhard, Bes. Schuldr. § 260 S. 496; vgl auch Gehnich a.a.O. S. 35.

und die Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruchs verneinen[44]). Insofern müssen wir es auch ablehnen, § 817 BGB. als einen reinen Sonderfall zu betrachten, vielmehr erklären, daß § 817 BGB. ein ganz besonders geartetes Rechtsmittel[45]) darstellt.

Steht aber § 817 in gar keinem Unterordnungs-Verhältnis zu § 812 Abs. 1 Satz 1, so ist es unseres Erachtens verfehlt, wenn die herrschende Meinung[46]) den Satz 2 des § 817 auf alle Bereicherungsansprüche, also auch auf den aus § 812 Abs. 1 Satz 1 ausdehnt. Es ist vielmehr richtig, wenn die — in der Literatur allerdings in der Minderheit befindlichen — Meinungen[47]) den § 817 Satz 2 nur in Verbindung mit § 817 Satz 1 angewandt wissen wollen.

§ 10: Das Verhältnis von § 817 Satz 2 BGB. zu § 817 Satz 1 BGB.

Wenn wir im § 9 erwähnten, man habe versucht, das Rückforderungsrecht des Wucherers durch die Bestimmung des § 817 Satz 2 auszuschließen, so haben wir damit schon festgestellt, daß der Wucherer nicht etwa nach § 817 Satz 1 mit der Be-

---

44) Heck a.a.O. S. 14 ff. (Wenn Heck a.a.O. S. 17 ausführt § 817 Satz 1 verfolge einen Strafzweck, § 812 mit Ausnahme der „Verstoßfälle" nicht, so erscheint uns diese Unterschdg. verfehlt. S. hierzu § 10 d. Arb.) Cosack § 167 II S. 703; Endemann Bd. I § 198 1 S. 1235; Rimmelin a.a.O. S. 11; Ruf a.a.O. S. 11, 12 zitierte.

45) Jung, Ber.Anspr. S. 116; Vgl. auch Calé a.a.O. S. 52; Jacobi, in Jher. Jb. Bd. 4 S. 304; Mayer, Die Justa Causa S. 62. Leonhard, Bes. Schuldr. § 261 S. 496; Ruf a.a.O. S. 83.

46) Achilles-Greiff § 817 S. 419,1. Cosack § 167 II 3 S. 708; Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 223 3 S. 705 u. Anm. 8; Gierke Bd. III, § 218 VII S. 1019. Kohler, in Enzyklopädie Bd. I S. 645. Lucas a.a.O. S. 43. v. Mayr, Ber. Anspr. S. 575 ff. Neumann Bd. I § 817 1b S. 595; Oertmann 2. Buch § 817 6c S. 1353; Planck Bd. II, 2 § 817 4 S. 1664 RGR.Komm. § 817 1c u. 3 S. 520; Rosenthal § 817 Anm. 24a. Soergel Bd. I § 817, Anm. 3 S. 1188; v. Tuhr, Allg. Teil Bd. II,2 § 70 S. 47; Warneyer 1930 Bd. 1 § 817 II S. 1415; Warneyer 1931 Bd.1 § 817 S.718 Ziff.11 u. 21. Ebenso RG. in ständ. Rechtspr.: 63, 353 ff.; 70, 5; 78, 45, 284; 99, 166; 100, 159; 101, 307; 105, 271. 111, 153. 127, 279; LZ. 28, 1324; 31, 1076; JW. 1908 S. 677, 696; 23, 372; 25, 1392; 31, 2088; Recht 1908 Nr. 295; Warn. Rechtspr. 08, Nr. 44; 11 Nr. 115; 12 Nr. 98; 20 Nr. 103 Gruch. Bd. 66 S. 100; Seuff. Arch. 76 S. 347.

47) Biermann Bd. 1 § 55 Zif. 5 S. 189 u. Anm. 9 das. Brachvogel, a.a.O. S. 95 ff.; Brenner a.a.O. S. 48; Calé a.a.O. S. 49,50; Crome Bd. 2 § 322 Anm. 10; Eccius DJZ. 1903 S. 41; Eichler a.a.O. S. 31, 32; Goldmann-Lilienthal, Bd. 1 § 817 S. 873 Anm. 7; Graff DJZ. 1908 S. 1102; Henseler a.a.O. S. 57 ff.; Jung bei Stammler § 120c S. 757, 758. Kloss a.a.O. S. 43 ff.; (er läßt aber wie auch Heck a.a.O. S. 1 ff. Ausnahmen zu. Wieweit dies berechtigt, darüber in § 10). Leonhard Bes. Schuldr. § 260 S. 497 u. § 260 ff. Lichtenstein a.a.O. S. 44 ff.; Riezler a.a.O. S. 178 ff.; Rimmelin a.a.O. S. 6 ff., 20 ff; Staudinger Bd.I § 138 II 4 e S.585; Bd.2 3.Teil § 817 2d S.1712 und 2d δ S.1715.

gründung, der Bewucherte habe durch die Annahme der Darlehnsvaluta gegen die guten Sitten verstoßen, condizieren kann. Den Bewucherten, der die Leistung des Wucherers annimmt, trifft kein Vorwurf im Sinne des § 817 Satz 1[48]). Der Wucherer kann vielmehr nur nach § 812 condizieren. Wir haben also den Fall vor uns, daß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 817 Satz 2 BGB. in ihren Voraussetzungen gegeben sind, nicht jedoch § 817 Satz 1 BGB. Unsere Untersuchung erstreckt sich also nur auf das „Sondergebiet des § 812", wie Heck[49]) diesen Fall bezeichnet. Im § 9 haben wir nun bereits durch die Verneinung der „Einheitstheorie" und Bejahung der „Unterscheidungstheorie" kundgetan, daß wir den § 817 Satz 2 dem auf § 812 Abs. 1 Satz 1 gestützten Kondiktionsanspruch des Wucherers gegenüber nicht durchgreifen lassen wollen. Während wir aber diesen Fragenkomplex bisher ganz allgemein behandelt und beantwortet haben, wollen wir nunmehr unsere Antwort: Der Wucherer hat ein Rückforderungsrecht! des näheren begründen. Zu diesem Zwecke wollen wir zunächst diejenigen Ansichten wiedergeben, die dem Wucherer ein Rückforderungsrecht versagen.

Als erster hat Cohn[50]) diesen Gedanken ausgesprochen. Er führt aus, der Wucherer könne dann zu Schaden kommen, wenn er die ihm auf Grund des nichtigen Rechtsgeschäfts obliegende Leistung bewirkt habe. „Man wird annehmen müssen, daß der Bewucherte für diese Bereicherung nicht haftet." Der Bewucherte, so führt er zur Begründung aus, könne nicht schlechter gestellt werden als der Leistungsempfänger im Falle der Unsittlichkeit des Leistenden. Die Regel des § 812 sei nicht anzuwenden. § 817 Satz 2 BGB. sei so aufzufassen, falle dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last, d. h. sei der Zweck der Leistung so bestimmt, daß der Leistende durch die Hingabe gegen die guten Sitten verstoße, so sei die Rückforderung ausgeschlossen. Die Unsittlichkeit des Wucherers liege in der Zweckbestimmung seiner Leistung. Durch das Rechtsgeschäft veranlasse der Wucherer die Herbeiführung des unsittlichen Erfolges, mithin auch durch die zur Erfüllung des Rechtsgeschäfts bestimmte Hingabe.

---

48) So d. gesamte Literatur und Rechtspr., wie der Streit um § 817 Satz 2 ergibt. Treffend Riezler a.a.O. S. 182.

49) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 2.

50) Gruch. Bd. 41 S. 794.

Ebenfalls Dernburg[51]) versagt dem Wucherer die Kondiktion. Er erklärt, man müsse die Bestimmung des § 817 BGB. analog auf solche Fälle anwenden, in denen dem Leistenden allein, dem Wucherer, ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle. Zum Beweise beruft sich Dernburg auf das römische Recht. Der § 817 BGB. sei der 1. 3 D de cond. ob turpem causam 12, 5 entnommen; ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti. Daraus leite L 4 § 3 D eod. Hier heiße es: Sed quod meretrici datur repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis. Dieser Grundsatz des römischen Rechts, wie er hier zum Ausdruck komme, sei auch in das BGB. aufgenommen worden.

Auch Neubecker verwirft den Kondiktionsanspruch des Wucherers. Als erster hat er eine tiefgehende Begründung hierfür gegeben. Da diese, wenn auch nicht alle, so doch die meisten noch heute maßgeblichen Streitpunkte in dieser Frage behandelt, wollen wir seine Ausführungen eingehender wiedergeben. Neubecker[52]) geht bei der Behandlung der Wucherfrage von den Wuchergesetzen aus, erwähnt ihre Aufhebung durch Art. 47 EG. z. BGB. Heute sei § 138 Abs. 2 BGB. maßgebend. § 138 Abs. 2 und Art. 47 EG. seien erst im Reichstag eingefügt worden. Ausschlaggebend seien also nur die Reichstagskommissionsberichte. Danach sei nach altem wie neuem Recht der wucherische Vertrag ungültig bezw. nichtig, und könne der Wucherer die geleisteten Vermögensvorteile zurückfordern. „Kann der Wucherer wirklich das Geleistete zurückfordern?" So fragt dann Neubecker. Nachdem er dann darlegt, daß das wucherische Geschäft in seiner Gesamtheit nichtig sei, für den Wucherer also nur die Kondiktion möglich sei, prüft er, ob die Kondiktion dem Wucherer offensteht. Er führt hierzu dann aus, § 812 finde keine Anwendung, in Betracht komme § 817 Satz 2. Nach dem Wortlaut des Gesetzes habe § 817 BGB. nur die doppelseitige Unsittlichkeit im Auge. Der Schluß jedoch, daß deshalb der Wucherer nach § 812 kondizieren könne, weil nur einseitige Unsittlichkeit vorliege, sei unhaltbar. Nicht die Doppelseitigkeit bilde den Ausschluß der Kondiktion, sondern die Tatsache, daß sich niemand auf eigene Unsittlichkeit und eigenen Dolus

51) Bd. I § 127 III S. 383, sowie Anm. 16—19 das.
52) DJZ. 1902 S. 568 ff.

berufen dürfe[53]). Sonst käme man zu dem Satz: „Der Leistende kann, auch wenn er gegen die guten Sitten verstößt, zurückfordern. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Empfänger gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt." Das „gleichfalls" im § 817 sei nicht logisch, sondern „nur grammatisch, satzverbindend" zu nehmen und zwar aus folgenden Gründen:

Das BGB. habe römisches Kondiktionenrecht darstellen wollen. Dieses sei zwar auch von dem normalen Fall der doppelseitigen Unsittlichkeit ausgegangen, dabei aber nicht stehen geblieben. Das zeige die L. 4 § 3 D 12,5[54]). Sehe man auch heute im Falle der meretrix keine doppelseitige Unsittlichkeit, das ausgesprochene Rechtsprinzip gelte auch heute, gelte immer. Das zeige auch die engere Entstehungsgeschichte des § 817 BGB. § 817 gebe fast wörtlich den § 741 Entwurf 2 wieder. Nach den Protokollen Bd. II S. 702 sollte § 741 Entwurf 2 den § 741 Nr. 1[55]) und § 747 Abs. 3 Entwurf 1 entsprechen. § 743 Nr. 1 Entw. 1 aber habe die Rückforderung bei einseitiger Unsittlichkeit des Gebers ausgeschlossen, § 747 bei Doppelseitigkeit. Daraus ergebe sich der Sinn des § 817 BGB., dessen Fassung allerdings hätte präziser sein dürfen. Daß der unsittliche Geber nichts fordern könne, liege an ihm selbst, erst in Konsequenz davon behalte der andere Teil, was er habe[56]). Man könne nun nicht sagen, der Wucherer verstoße nur dadurch gegen die guten Sitten, daß er sich übermäßig hohe Vorteile versprechen lasse. Vielmehr verstoße der Wucherer gerade durch seine Leistung gegen die guten Sitten. Bei der gegenteiligen Auffassung zerrisse man die Einheit des Geschäfts[57]). Der Wucherer könne also seine Leistungen nicht zurückfordern.

Auch Riezler[58]) verneint das Rückforderungsrecht des Wucherers. An sich könne zwar der Wucherer wegen der Nichtigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts vindizieren, notfalls condizieren, zumal § 817 Satz 1 nicht vorliege. Das „gleichfalls" sei auch logisch aufzufassen. Wolle man aber die Härte vermeiden, so bleibe nichts anderes übrig, als „supplendi juris civilis gratia auf den Billigkeitssatz zurückzugreifen," daß niemand die

53) Arch.f.Bürg.Recht Bd. 22 S. 70, 89, 90 desgleichen.
54) Er führt die Stelle so an: Quod utriusque („gleichfalls"!) turpitudo . .
55) Soll wohl heißen § 743 Nr. 1.
56) Gegen Cohn DJZ. 1904 S. 854 ff.
57) Ausführlicher über diesen Punkt s. unten.
58) a.a.O. S. 179 ff.

Geltung seiner eigenen Rechtshandlung dann in Frage stellen dürfe, wenn er sich damit zu seinen eigenen Gunsten auf die Moralwidrigkeit seines Handelns stützen würde. Turpitudinem suam allegans non auditur, dieser von Neubecker ausgesprochene Grundsatz sei die richtige Begründung, nicht die von Neubecker versuchte Zwangsinterpretation des § 817. Mit diesem Ergebnis stimme auch die meretrix-Stelle überein. Man müsse nur auch das dieser Stelle vorausgehende betrachten. Im römischen Recht würden die turpitudo solius accipientis, et dantis et accipientis, solius dantis unterschieden. Nur im ersteren Falle sei die repetitio zulässig. Verglichen mit dem letzten Falle sei bei der meretrix die Rückforderung unzulässig und zwar „nova ratione". D. h. hier liege nur solius dantis, nicht accipientis turpitudo vor, weil es zwar eine turpitudo sei, daß die meretrix ein derartiges Gewerbe betreibe, aber keine turpitudo, daß sie nach Beginn des Gewerbes im einzelnen Falle Geld annehme.

Zu dem Ergebnis, daß der Wucherer nicht kondizieren kann, kommt auch Krückmann[59]). Er ist der Ansicht, daß § 817 Satz 2, der einen Strafzweck verfolge, wie auch der Satz turpitudinem suam allegans non auditur zu Recht beständen[60]). Würde die Rückforderung schon bei turpitudo accipientis versagt, so müsse sie erst recht versagt werden, wenn keine turpitudo accipientis vorliege. Es sei unerheblich, ob man dies unmittelbar unter § 817 bringe oder ob man diesen Schluß vom kleineren auf das größere ziehe. Vorausgesetzt sei nur, daß die ganze Leistung des Wucherers ein turpiter datum sei, daß nicht bloß die wucherischen Vorteile unzulässig seien. Die wucherische Leistung sei aber ein turpiter datum, da sie ergangen sei, um das verwerfliche Geschäft zu vollziehen. Die Leistung auf Grund eines gegen die guten Sitten verstoßenden Geschäfts sei eben von demselben Charakter, wie schon Neubecker betont habe; die Leistung des Wucherers diene dem wucherlichen Zweck; dies zeige sich darin, daß bei Realverträgen erst durch die Leistung

59) Institutionen S. 337 Zif. 5 ff.; Arch.f.Bürg.R. Bd. 40 S. 44; Ztschr. f. Rechtspflege i. Bay. 1915 S. 189 ff.

60) Institutionen S. 337 ff.; Ztschr. f. Rechtspflege i. Bay. 1915 S. 189; Krückmann ordnet beide dem Unwürdigkeitsbegriff unter. Im Falle d. Unwürdigkeit würde eben die Klage versagt, weil der Betreffende unwürdig sei, sie anzustellen, ja durch sein unwürdiges Verhalten unfähig gewesen sei, den geltend gemachten Anspruch überhaupt zu erwerben.

des Wucherers das wucherische Geschäft zustandekomme. Daß die Hingabe der Darlehnsvaluta eine turpitudo dantis enthalte, folge — was bisher nicht genügend gewürdigt sei — ferner daraus, weil ohne die Hergabe der Bewucherte sich mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen alle wucherlichen und nicht wucherlichen Ansprüche des Wucherers schützen könne. Erst wenn diese Einrede beseitigt sei, könne ja das Wuchergeschäft funktionieren.

Dem Wucherer versagen ferner das Rückforderungsrecht: Bergschmidt[61]), Brakel[62]), Brütt[63]), Fischer[64]), v. Gierke[65]), Hagen[66]), Hachenburg[67]), Kohler[68]), Lotmar[69]), v. Mayr[70]), Müller-Meikel[71]), Rehbein[72]), Rosenthal[73]), und Staudinger[74]).

Das Reichsgericht hat unseres Wissens diese Frage bisher nicht entschieden. Es haben ihm zwar zwei Wucherfälle vorgelegen (RG. 85 S. 293 ff., Recht 1922 Nr. 1401 = DJZ. 1922 S. 749 = LZ. 1922 S. 461: Urteil vom 16. Febr. 1922, 526/21, Frankfurt.)[75]). Beide Fälle wiesen aber Besonderheiten auf. In RG. 85 S. 293 ff. handelte es sich darum, daß ein gewisser B. dem Beklagten ein Darlehen gegeben hatte. Der Beklagte hatte verschwiegen, daß er zur Zeit vorläufig entmündigt war, wegen Verschwendung unter vorläufiger Vormundschaft stand. Der Kläger, Zessionar des B., erhob „Klage auf Schadensersatz" in Höhe des hingegebenen Geldes, und zwar „aus unerlaubter Handlung". Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Die Revision berief sich auf § 817 Satz 2 BGB. und machte geltend, das Darlehen sei wucherisch. Das RG. änderte das Urteil der Vorinstanz nicht ab,

---

61) a.a.O. S. 70.
62) a.a.O. S. 103.
63) a.a.O. S. 135, 136.
64) Recht 1917 S. 284 ff.
65) Bd. III § 218 S. 1019 Anm. 97.
66) a.a.O. S. 58, 60.
67) Vorträge S. 60.
68) Enzykl. Bd. I S. 645; Lehrb. Bd. 2 1 S. 460 VI 1.
69) a.a.O. S. 76.
70) Ber. Anspr. S. 584.
71) Bd. I § 193 Zif. 3d S. 651.
72) Bd. I § 138 4 S. 188.
73) Anh. z. § 812 III VII.
74) Bd. I § 138 II 4e S. 586 (Wegen des Satzes turpitudinem suam . . .); anders Bd. II 3. Teil § 817 2d δ S. 1715. — Die zu 67), 69), 71) und 72) genannten allerdings ganz allgemein.
75) In JW. 1915 S. 918 behandelt das RG. einen Wucherfall, in dem der Konkursverwalter der bewucherten Klägerin gegen den Wucherer klagt.

führte vielmehr aus, § 817 Satz 2 könne nur bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, nicht bei Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen angewandt werden. „Auch der gegen ein gesetzliches Verbot oder sittenwidrig Handelnde braucht nicht einen ihm durch Betrug oder sonst deliktisch zugefügten Vermögensschaden ohne weiteres auf sich zu behalten. Es ist ein anderes, ob die auszugleichende Vermögensverschiebung lediglich auf Grund eines nichtigen Geschäfts oder sonst ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, oder ob der mit der Rückforderung in Anspruch Genommene dieses Geschäft mittels unerlaubter Handlung herbeigeführt und dadurch Schaden gestiftet hat."

In dem Urteil vom 16. Febr. 1922 erklärt das Reichsgericht: der sonst bei den Darlehnsgeschäften verfolgte Hauptzweck des Gebers, die Darlehnssumme zurück zu erlangen, sei vollständig zurückgetreten gegenüber dem von der Klägerin verfolgten Zweck, das Haus der Beklagten an sich zu bringen. Die Rückforderung eines Darlehns aus einem wegen Wuchers nichtigen Rechtsgeschäfts sei jedenfalls dann gemäß § 817 Satz 2 BGB. ausgeschlossen, wenn mit der Hingabe des Darlehns von dem Darlehnsgeber ein besonders verwerflicher Zweck verfolgt sei. Das Reichsgericht fährt dann fort, es bedürfe hier keiner Untersuchung, ob es in anderen Fällen möglich sei, die Hingabe des Geldes durch den Wucherer in der Weise herauszuheben, daß diese durch den vom wucherischen Darleiher verfolgten verwerflichen Zweck des Geschäfts nicht berührt werde. Diesem Versuch der Rechtslehre, den Bereicherungsanspruch des Wucherers zu rechtfertigen „scheine" die Fassung des § 817 Satz 2 BGB. — wonach der Anspruch ausgeschlossen sei, wenn „der Leistende", nicht nur, wenn die Leistung gegen Gesetz oder gute Sitten verstoße — zu widersprechen. Das Reichsgericht läßt also in diesen beiden Fällen die Frage, ob der Wucherer im Normalfall kondizieren kann, offen.

Die in der Literatur herrschende Ansicht bejaht das Rückforderungsrecht des Wucherers: Altsmann[76]), Biermann[77]),

76) Lehrb. § 8 S. 27.
77) Bd. I § 55 Zif. 5 S. 189.

Brachvogel[78]), Brenner[79]), Calé[80]), Dietz[81]), Düringer-Hachenburg[82]), Eccius[83]), Eichler[84]), Endemann[85]), Enneccerus-Nipperdey[86]), Goldmann-Lilienthal[87]), Graff[88]), Heck[89]), Henseler[90]), Jung[91]), Jacoby[92]), Kaufmann[93]), Keidel[94]), Kipp[95]), Leonhard[96]), Lichtenstein[97]), Löwenwarter[98]), Lux[99]), Marcuse[100]), Meisner[101]), Neumann[102]), Oertmann[103]), Planck[104]), Rehn[105]), RGR.-Komm.[106]), Rimmelin[107]), Rümelin[108]), Siméon-David[109]), Soergel[110]), Staudinger[111]), v. Tuhr[112]), Warneyer[113]), neuerdings auch Cohn[114]) und Dernburg[115]).

Wir haben oben gesehen, daß die verschiedensten Gründe für die Ablehnung der Kondiktion des Wucherers angeführt werden. Ebenso mannigfaltig sind die Gegengründe derjenigen, die dem Wucherer ein Rückforderungsrecht zubilligen. Wir

78) a.a.O. S. 100.
79) a.a.O. S. 50.
80) a.a.O. S. 54, 67.
81) a.a.O. S. 30.
82) Bd. IV. Allg. Einl. S. 103 Anm. 119 h.
83) Eccius, DJZ. 1903 S. 42.
84) a.a.O. S. 33.
85) Bd. I § 123 S. 691 4 u. Anm. 12.
86) Bd. I § 179 III S. 588.
87) Bd. I § 817 S. 873 Anm. 7.
88) DJZ. 1908 S. 1102.
89) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 2—4, 7 u. 35. Grdr. § 144 IV S. 144.
90) a.a.O. S. 60.
91) bei Stammler § 66 y S. 637; § 120 c S. 758.
92) Jher. Jb. Bd. 60 S. 241 ff.
93) Recht 1918 S. 119.
94) § 817 Anm. 10 S. 366.
95) b. Windscheid Bd. II § 423 S. 885.
96) Bes. Schuldr. § 266 S. 506.
97) a.a.O. S. 46, 47.
98) Bd. I § 138 S. 188. Wegweiser S. 55.
99) LZ. 1919 Sp. 561 ff.: Mit ihm diejenigen, die d. totale Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts verneinen (s. oben § 4).
100) Gruch. Bd. 66 S. 168.
101) a.a.O. § 138,8 S. 135.
102) Hdausg. BGB. Bd. I § 817 1 b S. 595.
103) 2. Buch § 817 6a S. 1352.
104) Bd. I § 138 III 4 d; Bd. II § 817 4 S. 1664.
105) a.a.O. S. 13.
106) Bd. I § 138 2 S. 227.
107) a.a.O. S. 38.
108) Arch.Ziv. Prax. Bd. 98 S. 272.
109) Lehrb. Allg. Teil S. 647.
110) Bd. I § 138 Anm. 3a S. 161.
111) Bd. II 3. Teil § 817 2d δ S. 1715.
112) Allg. Teil II,2 § 70 S. 47.
113) 1930 Bd. I § 138 X S. 264.
114) DJZ. 1904 S. 854 ff.
115) Bd. II,2 4. Aufl. § 379 III S. 735 Anm. 8.

wollen nun diese Ansichten nicht einzeln wiedergeben, weil darunter unseres Erachtens die Uebersichtlichkeit leiden würde. Wir wollen vielmehr die vorgetragene Ansicht der Gegner des Rückforderungsrechtes und der Befürworter desselben unter gewissen Gesichtspunkten zusammenfassen[116]).

1. Das römische Recht.

Ohne Zweifel hat das Bürgerliche Gesetzbuch zahlreiche Vorschriften des römischen Rechts übernommen. Wir haben vor allem gesehen, daß der 1. Entwurf die Bereicherungslehre fast ganz der römisch-rechtlichen Einteilung nachgebildet hatte. So ist auch die Bestimmung des § 817 BGB. bereits im römischen Recht enthalten. Neubecker hat daher mit vollem Recht das römische Recht zur Auslegung des § 817 herangezogen. Das römische Recht enthält jedoch nicht die von Neubecker gezogene allgemeine Schlußfolgerung: auf eigene Unsittlichkeit und eigenen Dolus dürfe sich niemand berufen.

Das römische Recht kannte drei Möglichkeiten der turpitudo. So sagt Paulus im 10. Buch zu Sabinus (1. D. 12,5): Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. Die Schimpflichkeit konnte also auf Seiten, erstens des Gebers (dantis), zweitens des Empfängers (accipientis) oder drittens auf beiden Seiten (utriusque) vorliegen. Im Falle 2 war die repetitio zulässig (L, 2 D 12,5): Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. Im Falle 3 war die Rückforderung ausgeschlossen (L, 3 D 12,5): Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus. Das römische Recht ging in diesem Falle davon aus (L, 8 D 12,5): Porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est; (L, 5 D 12,7): dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem et in delicto pari potiorem esse possessorem.

---

116) Aus rein praktischen Gründen wollen wir von der von Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 51 S. 148 vorgeschlagenen Methode der Auslegung abweichen.

Neubecker[117]) will nun aus der meretrix-Stelle schließen, daß das römische Recht auch bei turpitudo dantis, (also im Falle 1), jegliche Bereicherungsansprüche ausgeschlossen habe. Dieser Nachweis läßt sich aber mit Hilfe dieser Stelle nicht führen.

Heck[118]) gibt nun die Stelle folgendermaßen wieder: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt [„sed nova ratione; non ea, quod utriusque turpitudo versatur sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix"] und führt aus: Die Worte nova ratione besagten, daß die eingeklammerten Worte oder mindestens der erste Satz bis illam nicht von Ulpian herrührten, sondern eine spätere Einschiebung, eine nachträglich eingefügte „Glosse" seien. Die eingeklammerten Worte enthielten einen juristischen Denkfehler, der Ulpian nicht zuzutrauen sei. Denn, wenn die Dirne non turpiter accipere, so fehle es an der Voraussetzung der condictio ob turpem causam. Wie sich aus der Fortsetzung der Stelle ergebe, sei anzunehmen, daß die Stelle in Wahrheit den Ausschluß mit den Worten begründet habe: „Quoniam utriusque turpitudo versatur". Die törichten Ausführungen des Glossators seien vielleicht entstanden, weil diesem infolge lokalen Rechts diese Begründung besser gepaßt habe. Hierfür spreche auch das schwache Latein.

Eine derartige Auffassung erscheint uns bedenklich. Die Meretrix-Stelle ist so aufzufassen, wie sie uns überliefert ist. Die Ausführungen Hecks — so scharfsinnig sie sind — stützen sich letzten Endes doch nur auf Wahrscheinlichkeitstheorien; solange diese nicht erwiesen sind, müssen wir die Echtheit der Stelle als gegeben annehmen.

Wir können uns auch nicht Voigt[119]) anschließen, der erklärt, daß die „nova ratio" — der Ausschluß des Rückforderungsrechtes bei turpitudo des Veräußerers allein — später wieder aufgegeben sei und zwar in der L 5 C. 4,7 (promercalem. . . .). Diese Stelle bezieht sich auf einen ganz anderen Fall. Bei der Meretrix-Stelle handelt es sich um eine „patenti-

117) DJZ. 1902 S. 568 ff.; ferner Dernburg, Riezler (s. oben); Bergschmidt a.a.O. S. 63; Brakel a.a.O. S. 92; Czyhlarz a.a.O. S. 185 D 4. Auch Windscheid war dieser Ansicht (vgl. hierzu Heck, Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 45, 46 mit Nachweisen); Hagen a.a.O. S. 23, 24.

118) Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 42 ff.

119) a.a.O. S. 568 Anm. 477.

sierte"[120]) Dirne, der etwas gegeben wird, hier aber darum, daß ein Ehemann seine Frau einem Dritten durch Vertrag mit diesem zu unsittlichem Handeln überanwortet[121]).

Wir müssen vielmehr davon ausgehen, daß im römischen Recht die Dirne nicht schimpflich handelt, wenn sie im einzelnen Falle Geld annimmt. Schimpflich handelt vielmehr nur derjenige, der der ihren Beruf ausübenden Dirne Geld gibt. Es liegt nach dem klaren Wortlaut der meretrix-Stelle nur turpitudo dantis vor. Wenn nun die meretrix-Stelle besagt, daß der Lohn, der der Dirne gegeben sei, nicht zurückgefordert werden könne, so kann dies nur bedeuten, die condictio ob turpem causam entfalle[122]). Der Ausdruck „nova ratione" bezieht sich eben nur darauf, daß nach neuerer Auffassung die Dirne nicht schimpflich handele, indem sie Geld annehme. Es scheint sonach die Rückforderung dem Geber früher aus anderen Gründen — wohl aus dem Gesichtspunkte der turpitudo utrisque — versagt worden zu sein . Die Stelle will mithin nur ausdrücklich die ethische Frage klären, ob das Verhalten der Dirne unsittlich sei[123]), nicht jedoch eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes herbeiführen. Daraus folgt aber nicht, wie Neubecker[124]) meint, daß allgemein bei turpitudo solius dantis bei einer sonst begründeten Kondiktion die Rückforderung ausgeschlossen sei. Ausgeschlossen werden soll eben nur die condictio ob turpem causam. Dies leuchtet auch ein, da ja die Dirne selbst nicht schimpflich handelt, indem sie Geld annimmt. Die condiction ob turpem causam kann sich ja nur auf die Fälle des verwerflichen Empfangs beziehen. Die meretrix-Stelle will eben den Ausschluß der condictio ob turpem causam nochmals ausdrücklich betonen. So sagt denn auch Vangerow[125]) bei Besprechung der meretrix-Stelle mit Recht: „Hiernach versteht es sich von selbst, daß auch dann von der cond. ob turpem causam keine Rede sein kann, wenn blos der Geber, nicht auch der Empfänger in turpitudine versirt". In diesem Sinne ist auch die Aeußerung von Brinz[126]): „Wo die Verwerflichkeit allein auf Seite des Gebers

120) Vangerow Pandekten Bd. III S. 409.
121) So auch Hoppe a.a.O. S. 13, 14.
122) Vgl. z. d. folgenden Eccius DJZ. 1903 S. 41; ferner Calé a.a.O. S. 57 Anm. 1; Eichler a.a.O. S. 29, Henseler a.a.O. S. 56.
123) Leonhard Bes. Schuldr. § 265 S. 505. Vgl. Riezler a.a.O. S. 183.
124) Ebenso Collatz, Unger. Verm. Versch. S. 27.
125) Pandekten Bd. III S. 409.
126) Pandekten Bd. II S. 532 § 302.

ist, kann an eine repetitio von vornherein nicht gedacht werden" zu verstehen. Neubecker[127]) hat sie aus dem Zusammenhang herausgerissen. Brinz gebraucht diese Worte nur in dem Abschnitt, der die condictio ob turpem causam behandelt, und will lediglich sagen, daß bei turpitudo solius dantis die condictio ob turpem causam nicht begründet sei[128]).

Einen Beweis dafür, daß im römischen Recht bei dem Ausschluß der condictio ob turpem causam noch die condictio sine causa gewährt wurde, liefern die beiden Digestenstellen L 5 D. 12,7 (Avunculo ....) und § 1 derselben lex (Noverca ....). Die L. 5 D. 12,7 behandelt den Fall, daß eine dos zu einer Ehe gegeben wurde, die wegen Ehehindernisses verboten und auch nicht zustandegekommen war. Trotz der turpitudo dantis et accipientis und des daraus folgenden Ausschlusses der condictio ob turpem causam wurde hier die condictio sine causa gewährt. Nach Papinian gibt eben nicht die turpis causa, sondern das Fehlen der causa, die nulla causa, den Ausschlag. In § 1 derselben lex wird in einem ähnlichen Falle die gleiche Auffassung vertreten[129]).

Hoppe[130]) will nun einen indirekten Beweis für die besondere Rechtsstellung der turpitudo dantis in der 5 D 12,5 erblicken. Hier soll nach Proculus dann, wenn jemand von einem Sklaven Geld erhalten hat, damit er einen von diesem verübten Diebstahl nicht anzeige, die Rückforderung möglich sein, gleichgültig, ob der Empfänger Anzeige erstattet habe oder nicht. Hoppe erblickt in dieser Stelle eine turpitudo dantis. Die Rückforderung erklärt er dann damit, daß dann, wenn die Rückforderung hier ausgeschlossen wäre, durch den Geber ein Dritter (Gewalthaber), der selbst an der turpitudo nicht teilgenommen habe, einen Verlust erleide. Daraus folge, daß im Normalfall bei turpitudo solius dantis die Rückforderung ausgeschlossen sei. Eine derartige Folgerung kann unseres Erachtens nicht gezogen werden. Eher könnte man aus der Stelle entnehmen, daß die turpitudo dantis eben die Rückforderung allgemein nicht ausschließt. Hoppe geht von ganz falschen Voraussetzungen aus. Die Stelle behandelt nicht den Fall der turpitudo dantis,

127) DJZ. 1902 S. 570.
128) Ebenso Calé a.a.O. S.57 Anm.1; Heck Arch.f.Ziv.Prax. Bd.124 S.46,47.
129) Ebenso Calé, a.a.O. S. 51; Heck Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 124 S. 40; Rimmelin a.a.O. S. 30. A.A. vor allem Hoppe, a.a.O. S. 15, 16.
130) a.a.O. S. 14.

sondern den der turpitudo accipientis, den Fall, in dem jemand unanständigerweise Geld annimmt[131]). Es ist verwerflich, wenn der Empfänger sein Verhalten von der Zahlung einer Geldsumme abhängig macht. Dem gegenüber tritt die moralisch auch nicht einwandfreie Handlung des Gebers vollkommen zurück. Die Stelle ist eben nur ein Beispiel der condictio ob turpem causam wegen turpitudo accipientis. Aus all dem ersehen wir, daß das römische Recht den von den Gegnern behaupteten allgemeinen, jeder Bereicherungsklage gegenüber geltenden Satz: auf eigene Unsittlichkeit und eigenen Dolus dürfe sich niemand berufen, nicht enthält.

2. Die Entstehungsgeschichte[132]).

Daß man dem § 817 Satz 2 BGB. diese Bedeutung gleichfalls nicht hat beimessen wollen, zeigt die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift[133]). Wie wir oben erwähnten, zeigte der Entwurf I eine getreue Nachbildung der römisch-rechtlichen, kasuistischen Aufzählung der einzelnen Bereicherungsfälle. Im Anschluß an die Auffassung Windscheids von der meretrix-Stelle und dessen Voraussetzungslehre entstanden die §§ 737 ff. des Entw. I. Dies zeigen vor allem die §§ 742, 743 Zif. 1 und 2, 744, 747 Abs. 1 und 3 Entw. I. Einmal wird in diesen Paragraphen stets von der „Voraussetzung" gesprochen, zudem im § 743 Zif. 1 die Windscheid'sche Auffassung von der Bedeutung der in der meretrix-Stelle erwähnten turpitudo solius dantis wiedergegeben. So bestimmte denn § 743 Zif. 1 Entw. 1 „Die Rückforderung ist ausgeschlossen: 1. wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist". In § 747 Entw. 1 hieß es im Abs. 1: „Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern", im Abs. 3: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffent-

131) Vgl. Leonhard, Bes. Schuldr. § 265 S. 503.

132) Auf sie berufen sich außer Neubecker vor allem Bergschmidt a.a.O. S. 64, 65; Hagen a.a.O. S. 58; Hoppe a.a.O. S. 16 ff.

133) Vgl. z. folgendem Heck, a.a.O. S. 47 ff.; Lichtenstein a.a.O. S.42—44, Rimmelin a.a.O. S. 36 ff.

liche Ordnung verstoßen worden ist“ [134]). Die Ausschlußklausel befand sich also einmal hinter der condictio wegen mangelnder Voraussetzung (§ 742 Entw. 1), sodann gegenüber der Bestimmung über den unsittlichen Empfang (§ 747 Abs. 1 Entw. 1). Nach den Motiven [135]) sollte § 747 Abs. 3 Entw. 1 „dem geltenden Recht und dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruht“ entsprechen. Man wollte also mit anderen Worten diese Vorschrift nur gegenüber dem § 747 Abs. 1 Entw. 1 angewandt wissen. In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs wurde nun zu dem die §§ 737—748 umfassenden Titel beantragt [136]), statt der §§ 737—745, 747, 748 die folgenden Vorschriften aufzunehmen: § a (§ 748 Abs. 1, 2, § 737 Abs. 3): „Hat jemand aus dem Vermögen eines Anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, so ist er dem Anderen zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet“. § b (§ 737 Abs. 1, § 742, § 745 Abs. 1, § 747 Abs. 1): „Eine Leistung kann wegen mangelnden rechtlichen Grundes zurückgefordert werden, wenn... oder von der Art ist, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.“ § c ... § d (§ 737 Abs. 4, §§ 743, 684): „In den Fällen des § b ist die Rückforderung ausgeschlossen: 1..... 2. wenn der Zweck der Leistung derart war, daß der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieß;...“. Hinsichtlich der §§ b und d wurden nun die verschiedensten Anträge gestellt [137]). Der Antrag 1 wollte aus § b nur die Fälle des verwerflichen Empfanges beibehalten, diese Vorschrift (§ 747 Abs. 1) jedoch mit der Vorschrift des § 747 Abs. 3 (§ d Abs. 1 Zif. 2) verbinden und an eine andere Stelle, hinter § d versetzen [138]). Es wurde ferner beantragt [139]), an die Stelle des § d Abs. 1 Zif. 2 folgende Bestimmung zu setzen: „Verstößt die Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so findet die Rückforderung nur dann statt, wenn dem Empfänger der Leistung ein solcher Verstoß zur Last fällt; sie ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden g l e i c h f a l l s ein solcher Verstoß zur Last fällt,...“.

134) Entw. 1. Lesung S. 165.
135) Bd. 2 S. 850.
136) Protokolle Bd. 2 S. 682.
137) Prot. Bd. 2 S. 686.
138) Prot. Bd. 2 S. 688.
139) Prot. Bd. 2 S. 702, IV.

Auf Grund dieser Erwägung faßte die zweite Kommission den § 741 Entw. 2 folgendermaßen: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt ..." [140]).

Wir ersehen daraus, daß die zweite Kommission die Ausschlußklausel (§ 743 Zif. 1 Entw. 1) aus der Reihe der gemeinsamen Bestimmungen herausgenommen und mit dem Sonderanspruch des Annahmeverstoßes (§ 747 Abs. 1 Entw. 1) verbunden hat. Dies geschah aber unseres Erachtens nur deshalb, weil man mit der Aufgabe der Windscheid'schen Lehre von der Voraussetzung — ersetzt durch die Formulierung „ohne rechtlichen Grund" — auch die Windscheid'sche — in § 743 Zif. 1 Entw. 1 enthaltene — Auffassung von der meretrix-Stelle aufgeben wollte. Hierfür spricht vor allem, daß man § 743 Zif. 1 Entw. 1 beseitigte und im § 741 Entw. 2 den Geberverstoß mit dem Annahmeverstoß ausdrücklich durch das Wort „gleichfalls" verschmolz. Aus den Protokollen ergibt sich unseres Erachtens nicht Gegenteiliges[141]). Wenn hier[142]) gesagt wird: „Der Gegenentwurf entspricht in seinem § d Abs. 1 Nr. 2 den Bestimmungen des Entw. § 743 Nr. 1, § 747 Abs. 3 und § 684 Abs. 3. Der Antrag faßt diese Vorschriften mit dem § 747 Abs. 1 zusammen, ...", so besagt dies eben, daß man neuerdings den § 743 Zif. 1 Entw. 1 im Gegensatz zu der Ansicht Windscheids als eine dem § 747 Abs. 3 Entw. 1 identische und nur im Zusammenhang mit § 747 Abs. 1 zu verwertende Vorschrift ansah. Man kann daher nicht sagen, daß die zweite Kommission mit der Aufgabe des § 743 Zif. 1 Entw. „nur eine nicht ganz glückliche Vereinfachung der Bestimmungen" bezweckt habe[143]). Zum mindesten aber kann man doch sagen, weil die Protokolle nicht ergeben, warum § 743 Zif. 1 Entw. 1 fallen gelassen ist, weil vor allem diese Bestimmung im BGB. keine Aufnahme gefunden

140) Reatz, a.a.O. S. 371.

141) Wie außer Neubecker DJZ. 1902 S.570 vor allem Bergschmidt a.a.O. S. 57, Hagen a.a.O. S. 58 betonen; vgl. aber auch Brachvogel, a.a.O. S. 94, Henseler a.a.O. S. 57.

142) Protokolle Bd. 2 S. 702 IV.

143) v. Mayr. Ber. Anspr. S. 579; ebenso Hoppe a.a.O. S. 18.

hat, wurde sie im weiteren Verlauf der Beratungen aufgegeben[144]).

Für diese Auffassung spricht auch der § 817 BGB. in seiner heutigen Fassung.

3. Der Gesetzestext.

§ 817 BGB. ist dem § 741 Entw. 2 fast wörtlich nachgebildet. Neubecker[145]) erklärt nun das „gleichfalls" im § 817 Satz 2 BGB. für „nur grammatisch, satzverbindend". Wenn Neubecker und auch Planck[146]) sich zum Beweise hierfür auf die Entstehungsgeschichte des § 817 BGB. berufen, so ist dies nach unseren obigen Ausführungen verfehlt. Wir haben vielmehr gesehen, daß die zweite Kommission das Wort „gleichfalls" bewußt gebraucht hat. Es spricht nicht die geringste Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, den „der Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB. zugrunde liegenden Gedanken als für jeden Bereicherungsanspruch maßgebend anzusehen"[147]) und das Wort gleichfalls nur satzverbindend zu gebrauchen. Das Wort „gleichfalls" ist vielmehr „logisch" aufzufassen[148]), d. h. § 817 Satz 2 BGB. stellt eine Ausnahme von § 817 Satz 1 BGB. dar[149]).

Hierfür spricht der „klare, jede Mißdeutung ausschließende Wortlaut des § 817"[150]). Für die Auslegung eines Gesetzes bleibt eben in letzter Linie der Text erheblich. Der Richter, den das Wort des Gesetzes bindet, muß technisch von der Wort- und Satzinterpretation nach philologischen Grundsätzen ausgehen[151]). Geht der Richter aber bei der Anwendung des § 817 BGB. davon aus, so muß er feststellen, daß dem Satz 2 des Paragraphen keine selbständige Bedeutung zukommt; denn der Satz 2 des § 817 spricht nicht schlechthin von irgend einem Rückforderungsrecht, sondern nur von dem im Satz 1 normierten Rückforderungsrecht, der Satz 2 nimmt durch das Wort g l e i c h f a l l s deutlich auf Satz 1 Bezug. Der Wortlaut des

144) Richtig Rimmelin a.a.O. S. 36.
145) DJZ. 1902 S. 569. Ebenso Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 223 S. 705 Anm. 8 u.a.
146) Bd. II, 2 § 817 4 u. 4 α S. 1664; ebenf. Hoppe a.a.O. S. 19.
147) So RG. 63 S. 355.
148) Dietz a.a.O. S. 30; Eichler a.a.O. S. 31, Henseler a.a.O. S. 57, Riezler a.a.O. S. 181.
149) Siehe oben § 9 a. Ende.
150) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 817 S. 873 Anm. 7; ebenso Jung b. Stammler § 120 c S. 757, 758. Feige a.a.O. S. 42.
151) Vgl. Manigk Auslegung a.a.O. Bd. I S. 433 Z. 4 u. 6.

§ 817 BGB. läßt bei Berücksichtigung der Regeln der Grammatik und namentlich des Sprachgebrauchs keine andere Auslegung zu.

Wir haben also gesehen, daß der gesetzgeberische Wille — soweit man von einem solchen überhaupt sprechen kann[152]) — seinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat, wir haben ferner festgestellt, daß letzten Endes der Text des Gesetzes ausschlaggebend ist[153]). Nach alledem kann also der Wucherer seine Klage gegen den Bewucherten auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. stützen, ohne befürchten zu müssen, daß seine Klage auf Grund der Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB. abgewiesen wird. Es bleibt aber noch zu prüfen, ob seiner Klage andere Hindernisse entgegenstehen, wie dies vor allem Riezler und Krückmann behaupten (§ 10). Zur Beantwortung dieser Frage wollen wir nunmehr auf den Zweck des § 817 BGB. eingehen, denn der Zweck eines Gesetzes läßt einen besonders wichtigen Schluß auf dessen Sinn erkennen, zumal im Zweifel anzunehmen ist, daß etwas diesem Zweck Entsprechendes gewollt ist[154]).

4. Der Gesetzeszweck.

Die herrschende Meinung erblickt in dem § 817 BGB. den Gedanken der Strafe[155]). Sie mißt sowohl dem § 817 Satz 1 wie vor allem dem § 817 Satz 2 Strafcharakter bei[156]). „Danach ist die Verpflichtung zur Herausgabe dem Empfänger zur Strafe auferlegt, und der Rückforderungsanspruch gegeben, um dem Empfänger das, was er erlangt, wegen seiner verwerflichen Gesinnung wieder zu entreißen"[157]). (§ 817 Satz 1). Den Ausschluß der Rückforderung erklärt man ebenfalls als Strafe[158]) für eine an den Tag gelegte verwerfliche Gesinnung und sagt, die Vorschrift des § 817 Satz 2 bezwecke, den zu bestrafen, der aus

152) Vgl. Leonhard, Bes.Schuldr. § 264 S. 501.
153) Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 1 S. 30.
154) Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 51, II u. II, 3 S. 150.
155) Vor allem Krawielicki, Jher. Jb. Bd. 45 S. 279, Lehmann JW. 1931 S. 1924; Löwenwarter JW. 24 S. 1423; Rindfleisch a.a.O. S. 11, Schulte a.a.O. S. 22, 23 u. a.
156) RGR. Komm. § 817 1 b S. 520.
157) Planck Bd. II, 2 § 817 1 a S. 1660.
158) Burchard Bd. I § 93 III 4 S. 170. Enneccerus-Lehmann § 223 S. 704 Anm. 3 S. 705 Anm. 8; Hoppe a.a.O. S. 23; Krückmann Institutionen S. 338; Löwenwarter Bd. III S. 444, Rosenthal § 817 Anm. 22; Siber Grundr. § 74 III 2 a β S. 429; Warneyer, Komm. 1930 § 817 II S. 1413; ferner RG. 94, 349; 95, 349; 104, 54; 105, 271; JW. 1928 S. 195 ff.; 31 S. 2932; Höchstr.Rechtspr. 1931 Nr. 828.

unsittlichen Beweggründen gebe. Zur Begründung beruft man sich auf die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts (§§ 205, 206 ALR. I 16[159]), auf die Motive Bd. II S. 849[160]), ja sogar auf die Regelung im römischen Recht[161]).

Ein derartiger Strafgedanke ist aber weder in Satz 1 noch Satz 2 des § 817 zu erblicken[162]). Durch § 817 Satz 1 BGB. wird der Beklagte ja nicht geschädigt[163]), er muß nur das, was er zu Unrecht erhalten hat, herausgeben. Darin findet fraglos der Bereicherungsanspruch ganz allgemein seine Schranke; siehe § 818 Abs. III BGB. Wollte man in allen Fällen, in denen nach dem Gesetz ein Herausgabeanspruch begründet ist, von einer Strafe sprechen, so könnte man nicht mehr von einem Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern nur von einem strafrechtlichen Nebengesetz reden. Auch der § 817 Satz 2 ist nicht als Strafbestimmung aufzufassen. Hier wird eben nur der normalerweise aus § 817 Satz 1 gegebene Rückforderungsanspruch versagt, eine Regelung, wie sie dem BGB. durchaus geläufig ist. Merkwürdigerweise spricht man aber nur bei der Vorschrift des § 817 Satz 2 von einem Strafcharakter, nie aber in den anderen Fällen. Vor allem aber ist zu beachten, daß diese Strafe als Institut des BGB., einer privatrechtlichen Kodifizierung, doch nur den Charakter einer Privatstrafe[164]) haben könnte. Eine derartige Regelung ist dem BGB. aber durchaus fremd. Es entspricht nicht den Prinzipien unserer Gesetzgebung, einer Privatperson Strafmittel privatrechtlichen Inhalts zu geben, ihr einen Gewinn zuzuführen, weil eine andere Person schimpflich gehandelt hat. Etwas derartiges mag früher gegolten haben. Das BGB. gewährt nur Ansprüche, wenn eine seiner Bestimmungen in ihren Voraussetzungen erfüllt ist. Derjenige, der nach Maßgabe des BGB. zu einem Tun oder Unterlassen angehalten werden kann, mag dies im Einzelfalle als Strafe empfinden, ebenso derjenige, dessen Anspruch aus irgend einem

159) RG. 99, 167.
160) Planck wie zu Anm. 157). RG. 104, 54; 105 S. 271.
161) Hass a.a.O. S. 29. Hagen a.a.O. S. 24.
162) Leonhard Bes.Schuldr. § 260 S. 495; § 263 S. 499. Bezügl. § 817 Satz 2: Eichler a.a.O. S. 32, 33; Heck a.a.O. S. 32, Grundr. § 144 IV S. 144; Staudinger Bd. II 3. Teil § 817 1 S. 1709; Pollack S. 29, 30; Warneyer E. 1917 Nr. 16 (zit. b. Staudinger a.a.O.) Warneyer Rechtspr. 10, 16 (zit. b. Heck a.a.O. S. 35 Anm. 71 a).
163) Vgl. z. folgenden Heck a.a.O. S. 54 ff. Leonhard, Bes.Schuldr. § 260 S. 495; § 263 S. 499.
164) So Gehnich a.a.O. S. 41 ff.

Grunde abgelehnt wird. Als Strafe, Privatstrafe stellt sich dies nicht dar; denn der Einzelne erhält nur das, was ihm nach dem Gesetz zukommt, nicht aber mehr. Erst dieses Mehr, dieses plus gegenüber dem status quo ante, würde aber die für das BGB. unzulässige Privatstrafe charakterisieren. Dagegen, daß § 817 Satz 2 Strafcharakter hat, spricht auch der Umstand, daß die herrschende Meinung[165]) diese Bestimmung nur auf die Fälle der Bereicherung beschränkt. Unseres Erachtens müßte man aber dann, wenn § 817 Satz 2 den Charakter der Strafe des unsittlichen Gebers trüge, diese Strafe auch auf die Fälle ausdehnen, in denen der Geber seine Klage z. B. auf Eigentum oder unerlaubte Handlung stützen würde.

Dafür, daß § 817 Satz 1 oder Satz 2 BGB. Strafcharakter besitzen, sprechen auch nicht die Motive. Sie bekunden nur[166]), daß „die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden" solle, daß der Ausschluß der Rückforderung „dem geltenden Rechte und dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruht" entspreche. Man wollte danach die condictio ob turpem causam nachbilden. Wir haben aber oben gesehen, daß der Grundsatz dieser condictio darauf beruhte „Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest; ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus". Die erste Bestimmung entspricht nun dem § 747 Abs. 1 Entw. 1 sowie dem § 817 Satz 1 BGB., die zweite dem § 747 Abs. 3 Entw. 1 sowie dem § 817 Satz 2 BGB. Auch für den § 817 BGB. paßt nun die römisch-rechtliche Begründung der L 8 D. 12,5: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, potiorem esse possessorem et ideo repetitionen cessare .... Der § 817 Satz 2 BGB. beruht eben auf einem Gleichgewichtsurteil, besser noch auf einer Schuldkompensation[167]). Nach § 817 Satz 1 ist derjenige, der eine verpönte Leistung annimmt, dieser weniger würdig als der Geber. Der Empfänger sollte eben nicht

165) Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 223 Anm. 3 S. 705; Soergel Bd. I § 817 3, 4 S. 1189; Staudinger Bd. II, 3. Teil § 817 2 d δ S. 1716 u. a. Ferner RG. 85, 294 ff.; 101, 308; Gruch. 61, 303; LZ. 23, S. 567; 24 S. 329; A. A. Brackel a.a.O. S. 94; Heck Arch. f. Ziv.Prax. Bd. 124 Anm. 6 S. 415; Rimmelin a.a.O. S. 11; OLG. Köln in JW. 1920 S. 396.

166) Motive Bd. II S. 849, 850.

167) Vgl. z. folgenden Brenner a.a.O. S. 50, Heck Arch. f. Ziv.Prax. Bd. 124 S. 33 ff. Leonhard Bes.Schuldr. § 260 S. 494; § 263 S. 499 und Heck Grundr. § 142 11 S. 427.

erhalten und soll deshalb auch nicht behalten. Ist der Geber ebenso schuldig, so wird die Schuld — ähnlich wie in § 254 BGB. — aufgewogen. Es handelt sich eben um einen Ausgleich, der auf der Abwägung des beiderseitigen Verhaltens beruht. Das BGB. hat also im § 817 einen Interessenkonflikt im Sinne des römischen Rechts entschieden. Diese Interessenabwägung hat eben zu der schon im römischen Recht vorhandenen Kompensationsklausel, Schuldklausel: „In delicto pari potiorem esse possessorem" (L 5 D 12,7) geführt. Liegt nun § 817 Satz 1 nicht vor, sondern nur § 812 Abs. 1 Satz 1 so kann eine Schuldkompensation nicht stattfinden, da die Voraussetzung der Kompensation, das Verschulden des Empfängers, § 817 Satz 1, nicht vorhanden ist[168]).

Aus der Erwägung, daß § 817 BGB. auf dem Gedanken der Schuldkompensation beruht, ergibt sich ferner, daß man den Satz 2 nicht als Hindernis der Rechtsverfolgung ansehen kann, weil die Einforderung des sonst begründeten Anspruchs unsittlich und nichtig sei. Von einer Forderung spricht das Gesetz nicht. Der Makel haftet nur dem Zweck der Annahme wie dem Zweck der Leistung an. Nur hier findet eine Schuldkompensation statt, die bei einer Unsittlichkeit auf nur einer Seite undenkbar ist[169]).

Aus den gleichen Gründen ist auch die Ansicht Oertmanns[170]) zu verwerfen[171]). Er erklärt, aus § 817 Satz 2 sei ein argumentum a fortiori zu gewinnen: „Kann der zu unsittlichen Zwecken Leistende nicht einmal dann kondizieren, wenn auch den Gegner ein entsprechender Vorwurf trifft, so muß er es noch viel weniger gegenüber einem seinerseits einwandfreien Gegner können".

Es handelt sich nicht um zwei Tatbestände, die verglichen werden können. Der Wucherer, der Geber, kann deshalb zurückfordern, weil § 812 Abs. 1 Satz 1 in seinen Voraussetzungen erfüllt ist. § 817 Satz 1 will nur die verpönte Annahme, eben

168) Ebenso Heck, a.a.O. S. 35; aber unrichtig seine Ausnahme, mit Recht dagegen Leonhard, Bes.Schuldr. § 262 S. 498; § 267 d S. 508. (Siehe § 14).

169) S. a. Heck a.a.O. S. 10, 11; Leonhard Bes.Schuldr. § 263 S. 499; gegen RG. 99, 167 ff.

170) Ferner von Brütt, a.a.O. S. 135, 136, Hagen a.a.O. S. 56, Kohler Enzykl. Bd. I S. 645, Lehrb. Bd. II 1 S. 460 VI 1, Krückmann, oben § 10, Schulte a.a.O. S. 24 u. a.

171) Ebenso Jung bei Stammler, § 120 c S. 757, 758 (Ueber seine Begründung unten). Lichtenstein a.a.O. S. 45, 46.

den schuldigen Empfänger treffen, § 817 Satz 2 aber dessen Schuld durch die Schuld des Gebers kompensieren. Ist § 817 Satz 1 nicht gegeben, so entfällt jegliche Kompensationsmöglichkeit; denn gegenüber dem § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. kann schon deshalb keine Kompensation eingreifen, weil der Empfänger nicht schuldig ist.

Damit entfällt auch die von Dernburg[172]) vorgebrachte analoge Anwendung des § 817 Satz 2 auf den Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1. Die Analogie ist zwar im BGB. gebräuchlich, mit ihr will und kann man jedoch eine Gesetzesnorm nur wegen Gleichheit des Grundes auch auf einem ihr grammatisch nicht untergeordneten Fall ausdehnen[173]). Eine Gleichheit des Grundes, ja eine Aehnlichkeit der Tatbestände liegt aber hier nicht vor. § 817 Satz 2 beruht auf dem Gedanken der Schuldkompensation und zwar nur darauf. Würde man Dernburg folgen, so würde man ganz verschiedene Tatbestände analog behandeln, einmal den Fall, daß nur der Empfänger schuldig ist, dann den Fall, daß nur der Geber schuldig ist. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß § 817 BGB. eine ganz besonders geartete, aus dem Rahmen der Bereicherung herausfallende Bestimmung darstellt[174]); denn § 817 Satz 2 ist eine reine Ausnahmebestimmung des § 817 Satz 1. Es ist aber nicht angängig, eine reine Ausnahmebestimmung analog zu interpretieren[175]).

Damit haben wir also im vorliegenden Falle die Möglichkeit der Gesetzesanalogie verneint. Es bleibt nun noch zu prüfen, ob sich nicht die Ausdehnung des § 817 Abs. 2 BGB. auf alle Bereicherungsansprüche aus allgemeinen Wertideen, Grundprinzipien unserer Rechtsordnung rechtfertigen und begründen läßt.

5. Die Rechtsanalogie.

Wir haben oben dargelegt, daß § 817 BGB. keinen Strafcharakter hat. Nun behauptet man aber ferner, der Satz: in pari turpitudine potior est condicio possidentis, besser „nemo auditur turpitudinem suam allegans" sei ein von den römischen Juristen entdeckter „dem Rechte seinem Begriffe gemäß imma-

172) Siehe oben.
173) Manigk, Handw. d.R. Bd. 1 S. 433 Ziff. 4.
174) A. A. für diesen Fall, Lichtenstein a.a.O. S. 46.
175) Vgl. Biermann, Bd. I § 55 Anm. 9 S. 189; Brachvogel a.a.O. S. 96; Eccius, DJZ. 1903 S. 41; Graff DJZ. 1908 S. 1102; Riezler a.a.O. S. 178 ff., Goldmann-Lilienthal Bd. I § 817 S. 873 Anm. 7.

nenter Fundamentalsatz“ [176]). Niemand könne seine Klage auf eigene Unsittlichkeit stützen, einem Anspruch, dem eine gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßende Handlung des Klägers zugrunde liege, sei der Rechtsschutz zu versagen [177]).

Dem gegenüber ist jedoch zu betonen, daß der Grundsatz, niemand dürfe sich auf die Unsittlichkeit seines eigenen Handeln berufen, nur soweit Anspruch auf Geltung hat, als sich dafür ein gesetzlicher Anhalt, besonders in § 817, finden läßt [178]). Dieser Satz läßt sich aber weder aus § 817 noch aus einer anderen gesetzlichen Bestimmung herleiten [179]). Der Grundsatz „turpitudinem suam allegans non auditur“ ist nicht von so allgemeiner Bedeutung, daß er als Grundgedanke unser bürgerliches Recht beherrscht [180]). § 817 Satz 2 behandelt nur die Schuldkompensation, er will also nur einen gemäß § 817 Satz 1 begründeten Rückforderungsanspruch ausschließen. Jene Maxime will aber nicht bereits begründete Rechte nehmen, sondern die Geltendmachung eines Anspruchs schlechthin versagen. Daher folgt, daß sie niemals die Ausdehnungstheorie rechtfertigen kann [181]).

Krückmann [182]) erklärt nun, im Falle der Unwürdigkeit — d. h. dann, wenn jemand sich in einer bestimmten Angelegenheit tadelnswert benommen habe — würde die Klage versagt, weil der Betreffende unwürdig sei, die Klage anzustellen. Diesem Prinzip ordnet er dann den Satz „turpitudinem suam ...“ unter. Aber der Satz, daß man niemals aus einem Vorgang, bei dem man sich unwürdig verhalten habe, Rechte herleiten könne, ist vollkommen unbewiesen. Ja, er ist sogar unrichtig; denn derjenige, der beispielsweise eine Erbschaft in wenig schöner Weise erschlichen hat, wird gleichwohl Erbe und kann gegen den Erbschaftsbesitzer Klage erheben. Nur dann, wenn § 2339

176) Vgl. hierzu wie z. folgenden Neubecker Arch. f. Bürg. Recht Bd. 22 S. 71, 70, 89. DJZ. 1902 S. 569.

177) Lesser in JW. 1919 S. 91; Riezler a.a.O. S. 182 Ziff. d; Staudinger Bd. I S. 138 II 4 e S. 586. Anders Bd. II 3. Teil § 817 S. 1715.

178) Warneyer 1931 Bd. I § 138 S. 101 Ziff. 13.

179) Staudinger Bd. II, 3. Teil § 817 2 d S. 1716. Warneyer 1931 Bd. I § 817 S. 717, 718 Ziff. 9; Warneyer Rechtspr. 1913 Nr. 397.

180) Vgl. Rindfleisch a.a.O. S. 45, 46, RGR.Komm. § 817 Anm. 3 d. JW. 1913 S. 734. LZ. 22, 159 u. a.

181) So auch Heck, Arch. f. Ziv.Prax. Bd. 124 S. 59.

182) Arch. f. Bürg. R. Bd. 40 S. 44 ff. Ztschr. f. Rechtspflege i. Bay. 1915 S. 189

BGB. (Erbunwürdigkeit) aus den dort besonders festgelegten Gesichtspunkten eingreift, kann dieser Erwerb angefochten werden. So schließt auch das eigene Verschulden des Geschädigten nicht schlechthin dessen Anspruch aus, sondern führt nur regelmäßig eine Herabminderung seines Anspruches herbei (§ 254 BGB.)[183]).

Aus alledem ersehen wir, daß § 817 Satz 2 eine, auf dem Gedanken der Schuldkompensation beruhende Ausnahmebestimmung des § 817 Satz 1 ist. Der Wucherer kann also zurückfordern. Dieses Rückforderungsrecht kann man weder durch Gesetzes- noch durch Rechtsanalogie beseitigen.

6. Indirekter Beweis.

Wir haben gesehen, daß die herrschende Meinung den Satz 2 des § 817 auf alle Bereicherungsansprüche ausdehnt. Hierbei käme man aber zu dem unerfreulichen Resultat, daß der Wucherer seine Darlehnsvaluta nicht zurückfordern kann. Dies sucht man nun zu vermeiden, indem man sagt: § 817 Satz 2 BGB. treffe im Falle des Wuchers nicht zu. Die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts zeige sich darin, daß der Wucherer sich übermäßige Vorteile versprechen lasse, nicht aber darin, daß der Wucherer die seinerseits dem Bewucherten geschuldete Leistung bewirke[184]).

Wie wir schon oben (§ 7) festgestellt haben, steht die Hingabe der Darlehnsvaluta jenseits von Gut und Böse, mag auch der Wucherer erst durch sie das wucherische Rechtsgeschäft zur Funktion bringen. Unsittlich ist nur der Vertrag, durch den sich der Wucherer übermäßige Vorteile versprechen oder gewähren läßt[185]). Durch diese Feststellung kann man aber nicht die Anwendbarkeit des § 817 Abs. 2 BGB. auf das wucherische Rechtsgeschäft abtun. § 817 Satz 1 und 2 BGB. sind nicht auf die Leistung abgestellt, sondern auf den Zweck einer Leistung. § 817 Satz 1 besagt: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Gebot oder durch die guten Sitten verstoßen hat".

183) Vgl. hierzu Leonhard, Bes. Schuldr. § 264 S. 502; Heck Arch.f.Ziv. Prax. Bd. 124 S. 59 ff.

184) Löwenwarter, Komm. Bd. I zu § 138 S. 188; Wegweiser S. 55; Planck Bd. I § 138 III 4 d S. 369; Bd. II § 817 4 S. 1664; RGR.Komm. Bd. I § 138 2 S. 227 u. a.

185) v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. II, 2 § 70 S. 47.

Wenn Satz 2 die Worte „Wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt", gebraucht, so kann dies in diesem Zusammenhange doch nur bedeuten, daß der Satz 2 besagen will: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt ist, daß der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat". Es kommt also im Satz 2 der Bestimmung gar nicht darauf an, ob die Leistung — für sich betrachtet — unsittlich ist oder nicht. Wenn man nun sagt, die Leistung des Wucherers verstößt nicht gegen die guten Sitten, § 817 Satz 2 ist mithin in seinen Voraussetzungen nicht erfüllt, so würde man damit unzulässigerweise feststellen: Da die Leistung indifferent ist, ist es auch der Zweck. Ein derartiges Verfahren und ein derartiger Schluß sind aber nicht möglich.

Wir müssen vielmehr prüfen, ob der „Zweck der Leistung" des Wucherers ein solcher ist, wie ihn § 817 Satz 2 BGB. fordert. Cohn[186]) erklärt nun, der Wucherer operiere gar nicht mit einem bestimmten Zweck, also auch nicht mit einem gesetzlich mißbilligten Zweck, wenn er leiste. Zweck und Erfolg verhielten sich wie Absicht und Wirkung. Der Wucherer beabsichtige nicht die verwerfliche Schwächung des Bewucherten, sondern nur seinen eigenen Vorteil. Dieser Vorteil stelle den erstrebten Erfolg dar, der Zweck der Leistung sei für den Wucherer indifferent. § 817 Satz 2 sei so aufzufassen, daß der Verstoß als der Zweck der Leistung erscheine. Nach all dem sei § 817 Satz 2 auf den Wucherer nicht anwendbar, diesem also die Kondiktion zu gewähren.

Die Auffassung Cohns von dem Sinne des § 817 Satz 2 ist aber nicht haltbar. Im Satz 2 muß nicht der Verstoß als der Zweck der Leistung erscheinen, sondern — wie oben dargelegt — der Zweck der Leistung in der Art bestimmt sein, daß der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Nun ist zwar, wie Cohn richtig bemerkt, der Zweck des Wucherers nicht die Ausbeutung des Bewucherten, sondern nur der erstrebte Vermögensvorteil. Dieser Vorteil stellt aber gleichzeitig wieder den Erfolg der wucherischen Tätigkeit dar. Zweck und Erfolg sind eben untrennbar verbunden und nur erreichbar, wenn der Wucherer den Darlehnsvertrag abschließt und die Darlehnsvaluta an den

186) DJZ. 1904 S. 854 ff; ebenso Brachvogel a.a.O. S. 96 ff.

Bewucherten leistet. Hierdurch aber wird wieder die Ausbeutung des Bewucherten veranlaßt. Ausbeutung und eigener Vorteil lassen sich also gar nicht trennen. Darum muß man auch den Zweck der Leistung des Wucherers als einen solchen bezeichnen, der dem § 817 Satz 2 genügt[187]). Wir sehen also, daß § 817 Satz 2 BGB. für sich betrachtet auf das wucherische Rechtsgeschäft Anwendung finden kann, daß die Gegenansicht nur einen Versuch darstellt, unbeliebte Folgerungen zu vermeiden.

Aus gleichen Gründen versucht nun die herrschende Meinung die Anwendung des § 817 BGB. einzuengen. Sie erklärt, § 817 betreffe nur solche Vermögenszuwendungen, die dazu bestimmt seien, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen, nicht aber solche, die nur zu vorübergehenden Zwecken dem Vermögen zugeführt würden und schon ihrer Natur nach zurück gewährt werden müßten, soweit nicht später ein Grund für den dauernden Uebergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten sei[188]). Als eine Vermögensverschiebung vorübergehender Natur sieht das Reichsgericht neben der Stellung einer Kaution[189]) auch die Sicherungsübereignung an[190]). Folgerichtig müßte man dann auch die Darlehnshingabe als eine Vermögensverschiebung vorübergehender Natur auffassen; denn die Darlehnshingabe erfolgt mit der Verpflichtung zur Rückgabe. Es ist belanglos, ob das Geld in das Eigentum des Empfängers übergeht; denn das ist ja auch bei der Kaution der Fall[191]). Die Leistung besteht eben nur in der Ueberlassung des Gebrauchs der Darlehnsvaluta[192]). Nach § 817 Satz 2 könnte lediglich diese Gebrauchsüberlassung nicht herausverlangt wer-

187) Vgl. Bergschmidt a.a.O. S. 62; Hagen a.a.O. S. 59.

188) So vor allem Löwenwarter, Bd. 3 Bes. Teil S. 444; Oertmann 2. Buch § 817 6 b S. 1352; Planck Bd. II, 2 § 817 5 c S. 1665; Pollak a.a.O. S. 34; RGR. Komm. Bd. I § 125 1 b S. 186; Siber, JW. 1925 S. 1392 Nr. 22 Anm.; Soergel Bd. I § 817 4 S. 1189; Staudinger Bd. II 3. Teil § 817 2 d S. 1716; Warneyer 1931 Bd. I § 817 S. 717 Z. 8 u. a. RG. 67, S. 326; JW. 1908 S. 139, 40; 25, 1392; 28, 2477; LZ. 16, 690; 23, 283; 28, 1324 u. 2477; Warneyer Rechtspr. 1911 Nr. 115; 20 Nr. 32; 21 Nr. 93; OLG. 28, 154; 33, 291 u. a.

189) RG. 67 S. 326.

190) JW. 1925 S. 1393.

191) Vgl. Heck a.a.O. S. 9; Leonhard Bes. Schuldr. § 267 S. 508; Rimmelin a.a.O. S. 43; OLG. Köln in JW. 1928 S. 2477. A. A. Jacoby, Jher. Jb. Bd. 60 S. 233 ff. und OLG. Jena in JW. 1928 S. 195. Vgl. im Gegensatz hierzu vor allem Werthauer in DJZ. 1929 S. 169 ff.; Conrad in DJZ. 1924 S. 967. Seuff.Arch. 59 S. 145 ff.

192) Seuff. Arch. 59 S. 145.

den, müßte vielmehr der Leistende die gewährte Valuta während der Zeit, für die das Darlehen Rechtswirksamkeit besessen hätte, beim Empfänger belassen. Nach dieser Zeit könnte dann der Darleiher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Klage erheben[193]).

Die Angreiflichkeit dieser Beweisführung scheint man neuerdings auch einzusehen. So erklärt man[194]) denn, diese Rechtsprechung ließe sich dem geltenden Gesetze gegenüber nur da verteidigen, wo bloße Hilfsgeschäfte in Frage ständen, nicht aber da, wo es sich — wie beim Darlehen — um eine Hauptleistung handele. Unseres Erachtens jedoch läßt sich diese Rechtsprechung auch nicht gegenüber diesen Hilfsgeschäften verteidigen; denn bei einer derartigen Auslegung, könnte derjenige, der zu verwerflichem Zweck Geld — sei es als Darlehen, sei es als Kaution — gegeben hat, dieses stets zurückfordern. Das würde jedoch ein ganz unerfreuliches Ergebnis sein. So verfehlt[195]) diese Rechtsprechung auch ist, das eine Gute hat sie: sie weist uns den richtigen Weg. Soll die Rückforderung nämlich schon dann zulässig sein, wenn die Vermögensverschiebung nur vorübergehender Natur ist, so muß sie erst recht zulässig sein, wenn die Vermögensverschiebung auf einem nichtigen Rechtsgrund beruht; denn dieser Umstand ist doch mindestens ebenso bedeutsam wie die zeitliche Beschränkung[196]).

Wenn Enneccerus-Nipperdey[197]) und Jacoby[198]) dem Wucherer die Vindication, notfalls die Kondiktion aus § 812 Abs. 1 Satz 1 einräumen und erklären, § 817 sei nicht anwendbar, da er eine L e i s t u n g voraussetze, so scheitert diese Auffassung daran, daß — wie wir oben in §§ 6, 7 ausgeführt haben — der Bewucherte durch die Hingabe der Darlehnsvaluta seitens des Wucherers, eben durch dessen Leistung credendi causa Eigentümer der Darlehnsvaluta wird, mag auch das zugrunde liegende Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 2 BGB. nichtig sein.

Aus all diesen Konstruktionen ersehen wir, daß man den Fehler, den man durch die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle

193) So folgerichtig Oertmann 2. Buch § 817 6 b S. 1352; Seuff. Arch. 59 S. 145 ff.
194) RGR.Komm. Bd. II, 2 § 817 3 e S. 522.
195) Ebenso Heck, a.a.O. S. 9; Leonhard Bes. Schuldr. § 267 S. 508; Rimmelin a.a.O. S. 14.
196) Leonhard wie zu Anm. 195).
197) Bd. I § 179 III S. 588 und Anm. 6 b.
198) Jher. Jb. Bd. 60 S. 241 ff.

Bereicherungsansprüche macht, durch andere Fehler[199]) wieder gutzumachen sucht[200]). Daß es sich um Fehler handelt, dafür sind folgende Gesichtspunkte ausschlaggebend.

Wir wollen unterstellen, der Wucherer habe kein Rückforderungsrecht. Würde der Bewucherte, der 2000.— RM. erhalten, 3000.— RM. gezahlt hat, den Wucherer gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 oder § 817 Satz 1 BGB. in Anspruch nehmen, so müßte der Wucherer — wenn der Bewucherte als Kläger es beantragte — 3000.— RM. zahlen. Diese 3000.— RM. stellen seine Bereicherung dar. Man kann dieses Ergebnis nicht dadurch umgehen, daß man sagt, der Wucherer habe zwar 3000.— RM. erhalten, sei jedoch nicht um diese ganzen 3000.— RM. bereichert, weil er seinerzeit 2000.— RM. geopfert habe. Er könne also nur auf 1000.— RM. belangt werden[201]). Diese Ansicht wäre nur dann begründet, wenn der Wucherer einen Bereicherungsanspruch gegen den Bewucherten hätte. In diesem Falle brauchte er nach der „Saldotheorie" nur den Ueberschuß von 1000.— RM. herauszugeben; denn dann bildeten die beiderseits empfangenen Posten nur bloße Berechnungsfaktoren eines einheitlichen Bereicherungsanspruches, und nur der hierbei sich ergebende Ueberschuß von 1000.— RM. würde sich als ungerechtfertigte Bereicherung darstellen[202]). Hat der Wucherer aber keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, so liegen eben nicht zwei Berechnungsfaktoren vor, sondern nur einer. Das Ergebnis ist unumstößlich: Der Bewucherte kann die gesamten 3000.— RM. herausverlangen.

Nun kann aber der Bewucherte die Klage auf die 3000.— RM. auch auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§ 823 Abs. 2 — Schutzgesetz ist eben § 138 Abs. 2 — § 826 BGB.) stützen. In diesem Falle würde er aber nicht 3000.— RM., sondern nur 1000.— RM. erhalten[203]). Dieses Ergebnis ist aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno) gerechtfertigt. Indem der Bewucherte den

199) Ein solcher auch die Ansicht Krückmanns oben S. 42: Einrede des nichterfüllten Vertrages; denn d. „Vertrag" entsteht ja erst durch d. Hergabe d. Valuta, d. Vertrag selbst ist aber nichtig.

200) Heck a.a.O. S. 11 Anm. 20: „Fehlerkompensationen".

201) So Calé, a.a.O. S. 67.

202) Vgl. Staudinger, Bd. 2 3. Teil § 818 5 c S. 1718. 1719. Löwenwarter, Wegweiser S. 56 ff.; RG. 94, 253. Wenn nun das RG. in JW. 1915 S. 918 folgerichtig d. Saldotheorie vertritt, muß es dort dem Wucherer ein Rückforderungsrecht zubilligen.

203) Vgl. Calé a.a.O. S. 69 ff.

wucherischen Darlehnsvertrag abschließt, erleidet er einen Schaden, gleichzeitig aber auch den Vorteil, daß der Wucherer ihm anläßlich des Vertragsschlusses 2000.— RM. übereignet. Vorteil und Nachteil sind also beide durch den Vertragsschluß herbeigeführt. Gleicht man nun den Vorteil und Nachteil aus, so hat der Bewucherte nur einen effektiven Schaden von 1000.— RM., ein Ergebnis, das auch aus allgemeinen Erwägungen schon gerechtfertigt ist; denn geschädigt ist der Bewucherte doch nur um diesen Betrag[204]). Das Ergebnis ist also hier: Der Bewucherte kann nur 1000.— RM. herausverlangen.

Der Bewucherte mag nun seinen Anspruch auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung oder die über die unerlaubten Handlungen stützen, es gilt der Grundsatz: jura novit curia. Das Gericht, das aber alle maßgeblichen Vorschriften untersuchen muß, kann niemals feststellen, der Anspruch ist nach dieser Bestimmung in Höhe von 3000.— RM., nach jener in Höhe von 1000.— RM. begründet. Wir müssen vielmehr aus diesen einander widersprechenden Entscheidungen schließen, daß der Fehler in der Versagung des Rückforderungsrechtes des Wucherers liegt. Hat der Wucherer nämlich die Kondiktionsmöglichkeit, so stellen sich die 2000.— RM. als Berechnungsfaktor dar, der Bewucherte kann eben nur RM. 1000.— verlangen, wie dies bei der Klage aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. ja auch der Fall ist.

Für das Rückforderungsrecht des Wucherers spricht namentlich noch folgendes. Nach Art. 3 des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 bezw. 19. Juni 1893 waren wucherische Verträge ungültig (Abs. 1), hatten der Bewucherte (Abs. 2) und der Wucherer (Abs. 4) ein Rückforderungsrecht[205]). Durch Art. 47 EG. z. BGB. wurde nun dieser Art. 3 aufgehoben und zwar aus folgenden Gründen: man erwog, daß die besonderen Vorschriften des Art. 3 nur mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Landesgesetze aufgenommen worden seien. Nach dem Inkrafttreten des BGB. müßten dessen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlungen an dessen Stelle treten[206]). Wenn man nun die Lösung der Wucherfrage im BGB. hätte anders treffen wollen, so hätte man dies doch sicherlich

204) Es müßten denn ganz besondere Umstände vorliegen (§ 252 BGB.).
205) Vgl. Koffka, a.a.O. S. 98, 99.
206) Mugdan, a.a.O. Bd. I S. 314.

deutlich kundgetan. So ist vielmehr der Schluß gerechtfertigt, daß an dem bisherigen Zustand nichts geändert werden sollte, daß eben nach altem wie neuem Recht der Wucherer die hingegebene Valuta zurückverlangen kann [207]).

7. Die Entscheidung ist eine grundsätzliche.

Damit haben wir die unserem Thema zugrundeliegende Frage „Hat der Wucherer ein Rückforderungsrecht?" allerdings nur grundsätzlich gelöst; denn der Kondiktion des Wucherers können gleichwohl Hindernisse entgegenstehen.

Ein solches Hindernis liegt allerdings nicht vor, wenn der Wucherer mit der Hingabe der Darlehnsvaluta oder auch mit seiner Klage auf Rückzahlung einen besonders verwerflichen Zweck verfolgt [208]). Soweit man in diesem Falle die Rückforderung gemäß § 817 Satz 2 BGB. versagen will, steht dem entgegen, daß § 817 Satz 2 — der im übrigen nur von einem Zweck, nicht von einem besonders verwerflichen Zweck spricht — nur dann anwendbar ist, wenn § 817 Satz 1 BGB. vorliegt. Soweit man in derartigen Fällen den Ausschluß der Kondiktion mit der exceptio doli generalis [209]) rechtfertigen will, steht dem entgegen, daß der Wucherer mit seiner Klage aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur ein ihm nach dem Gesetz zustehendes Recht ausübt.

Wohl aber ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Wucherer die Darlehnsvaluta auf Grund eines Darlehnsvorvertrages (solvendi causa) übereignet und gewußt [210]) hat, daß er infolge der Nichtigkeit des wucherischen Vertrages zur Uebereignung der Darlehnsvaluta nicht verpflichtet war (§ 814 BGB.) oder, wenn der Wucherer wußte, daß infolge der Nichtigkeit des wucherischen Vertrages ein Darlehnsvertrag nicht zustandekommen konnte (§ 815 BGB.). Ob die §§ 814, 815 BGB. in ihren Voraussetzungen erfüllt sind, ist unseres Erachtens eine Tatfrage [211]). Nehmen wir den unserem Thema zugrundeliegenden Fall, daß der Wucherer nicht sol-

207) Eichler a.a.O. S. 2 u. 33; Kaufmann, Recht 1918 S. 119; Planck Bd. I § 138 III 4 d S. 369; Rimmelin a.a.O. S. 37, 38; siehe aber auch RGR.Komm. Bd. II, 2 § 817, vor allem Hagen a.a.O. S. 60, 61.

208) So RG. in Recht 1922 Nr. 1401 = DJZ. 1922 S. 749 = LZ. 1922 S. 461; Soergel Bd. 1 § 817 S. 1004.

209) So Staudinger Bd. II, 3. Teil § 817 2 d δ S. 1715.

210) Siehe hierzu Leonhard Bes. Schuldr. § 257 S. 488.

211) So Bergschmidt a.a.O. S. 68, 70; v. Mayr, Ber. Anspr. S. 579, 580.

vendi causa, sondern credendi causa leistet, so ist § 814 BGB. hier nicht anwendbar[212]). Berücksichtigen wir nun, daß der Bewucherte beweisen muß[213]), daß die §§ 814, 815 BGB. in ihren Voraussetzungen erfüllt sind, so kann unsere Entscheidung nur lauten: Der Wucherer hat grundsätzlich ein Rückforderungsrecht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Bevor wir nun zu diesem Ergebnis kritisch Stellung nehmen, wollen wir die Lösung dieser Frage in fremdem Recht untersuchen, ein Weg, der — wie wir sehen werden — für unsere Stellungnahme von großer Bedeutung ist.

DAS RÜCKFORDERUNGSRECHT DES WUCHERERS NACH FREMDEM RECHT.

§ 11: Russischer Rechtskreis.

Das zaristische Rußland, das Rußland der Vorkriegszeit, löste die Wucherfrage ähnlich wie das BGB. Art. 1529 des russischen Zivilkodex (SWOD SAKONOW)[1]) bestimmte: „Ein Vertrag ist ungültig und die Verbindlichkeit nichtig, wenn der Beweggrund zu demselben die Erreichung eines von den Gesetzen verbotenen Zieles ist, wie z. B. wenn der Vertrag abzielt: 3. auf wucherliche Verschleierungen", Art. 2014: „Der Darlehnsvertrag wird als nichtig erachtet, wenn nach gerichtlicher Prüfung ermittelt wird: 4. daß er wucherisch ist." In derartigen Fällen waren die Parteien sowie diejenigen, deren Rechte durch den Vertrag verletzt wurden, berechtigt, den Vertrag durch gerichtliche Geltendmachung anzufechten. Mit der Anfechtung wurde erreicht, daß der Vertrag aufgehoben und der frühere Rechtszustand wieder hergestellt wurde. Bewucherter und Wucherer waren jedoch verpflichtet, das, was sie auf Grund des Vertrages erhalten hatten, zurück zu gewähren. Dies ergibt sich aus Art. 2023[1]: „Eine wucherische Verpflichtung (Art. 1707 Strafgesetzbuch in der Fassung von 1912, Strafgesetz für Friedensrichter Ausg. 1914 Art. 180[2], 180[3]) gilt als unverbindlich; der

212) Eccius, DJZ. 1903 S. 42; v. Tuhr, Bd. II, 2 § 70 S. 47.

213) A.A. Leonhard, Bes. Schuldr. § 259 S. 492 (§ 814), § 279 S. 528 ff. (§ 815 BGB.) D. Beweislast S. 381—383.

1) Vgl. z. folgenden: Klibanski Bd. III S. 11, S. 12 Anm. 7 S. 14 Anm. 9, 10; S. 201, 209.

Gläubiger verliert aber das Recht nicht, das tatsächlich gegebene Kapital, Getreide oder Vorräte nach Abzug der erhaltenen Zahlungen oder der zurückgegebenen Menge Getreide oder Vorräte zurück zu verlangen." Der Wucherer hatte also grundsätzlich ein Rückforderungsrecht.

Diesen Rechtszustand beseitigte Sowjet-Rußland (R.S.F.S.R.). Das Wuchergeschäft („Kabalnye sdelki") wird nunmehr folgendermaßen behandelt[2]). Der § 33 des am 1. 1. 1923 in kraft getretenen[3]) ZGB. bestimmt: „Wenn eine Person unter dem Einflusse äußerster Not ein ihr offenbar ungünstiges Rechtsgeschäft geschlossen hat, so kann das Gericht auf Verlangen der geschädigten Partei oder der zuständigen staatlichen Organe[4]) und kommunalen Organisationen entweder das Geschäft für nichtig erklären oder dessen Wirksamkeit für die Zukunft aufheben." Als ein unter § 33 fallendes Rechtsgeschäft sieht man das Kabalgeschäft, das Wuchergeschäft an. Nach dem „Instruktionsschreiben" des OG. 1927 Nr. I zu Art. 33 liegt ein „Kabalgeschäft" dann vor, „wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf Seite des Geschädigten die beiden Voraussetzungen: 1. äußerste Not und 2. offenbare Unvorteilhaftigkeit der Geschäftsbedingungen, gleichzeitig vorliegen". Bemerkenswerter Weise muß die Ausbeutung dem Opfer bekannt sein und können nach der Ansicht des OG. in Wochenschrift 1927 Nr. 4 nach allgemeiner Regel nur notwendige Gegenstände Objekte des wucherischen Geschäfts sein[5]). Die Rechtsfolgen sind nun „Nichtigerklärung"[6]) oder „Aufhebung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts für die Zukunft" und zwar auf Grund gerichtlich geltend gemachter „Anfechtung". Der Wucherer selbst hat kein Anfechtungsrecht, wie § 33 ZBG. ergibt. Wird nun das Wuchergeschäft für nichtig erklärt, so hat nach § 149 Abs. 1 ZGB. „die geschädigte Partei das Recht, von der Gegenpartei die Rückgabe alles auf Grund des Vertrages Geleisteten zu

2) Vgl. zum folgenden: Freund, a.a.O. S. 37, 155, 193, 276, Schöndorf a.a.O. S. 77, 90 ff.

3) Sawadsky in Das Recht Sowjet-Rußlands S. 247.

4) Gemäß Erlaß vom 16. November 1922 (Nr. 132) vor allem d. Staatsanwaltschaft.

5) Siehe Schöndorf a.a.O. S. 91, 92.

6) Nach d. Anmerkg. der R.S.F.S.R. z. § 33 v. 16. Okt. 24 sind d. „Amtspersonen" verpflichtet „offenbar unvorteilhafte (Kabal-)Geschäfte", d. von Angehörigen d. z. Militärdienst Eingezogenen abgeschlossen waren, anzufechten. Hier ist nur d. Nichtigerklärung möglich, wird auch nicht „äußerste Not" gefordert. (Schöndorf a.a.O. S. 91).

verlangen. Die andere Partei hat ein solches Recht nicht". Wird dagegen die Wirksamkeit des Wuchergeschäfts für die Zukunft aufgehoben, so kann nach § 150 Abs. 1 ZGB. „die geschädigte Partei von der Gegenpartei nur das von ihr Erfüllte zurück verlangen, wofür sie im Zeitpunkte der Auflösung des Vertrages die Gegenleistung nicht erhalten hat". Der Wucherer hat in beiden Fällen kein Rückforderungsrecht. § 149 Abs. 1 bestimmt dies ausdrücklich. Diese Rechtsfolge folgt aber auch aus § 159 Abs. 2, der ebenso wie § 149 Abs. 2 bestimmt: „Die ungerechtfertigte Bereicherung der geschädigten Partei wird zugunsten des Staates beigetrieben (§ 402)". Der Unterschied zwischen § 149 und § 150 ZGB. besteht nur darin, daß der Wucherer im Falle des § 149 sein gesamtes Kapital verliert, während er im Falle des § 150 sein Kapital unter Umständen behalten kann. Nehmen wir den Fall, daß der Bewucherte an den Wucherer 2 000.— RM. vorleistet: hat der Wucherer noch nichts gezahlt oder geliefert, so kann der Bewucherte diese 2 000.— RM. herausverlangen; hat der Wucherer schon 1 000.— RM. bezahlt oder im Werte von 1 000.— RM. geliefert, so kann der Bewucherte nur 1 000.— RM. zurückverlangen; in beiden Fällen hat der Staat keinen Anspruch. Hat der Wucherer 2 000.— RM. gezahlt oder im Werte von 2 000.— RM. geliefert, so hat der Bewucherte keinen Anspruch. Hat jedoch der Wucherer 3 000.— RM. gezahlt oder im Werte von 3 000.— RM. geliefert, so hat der Bewucherte zwar keinen Anspruch, der Staat jedoch treibt die 1 000.— RM., um die der Bewucherte ungerechtfertigt bereichert ist, (§§ 399, 402 ZGB.) zu seinen Gunsten ein.

Wir sehen also, daß der Wucherer nie ein Recht hat, die gezahlte Valuta zurück zu verlangen. Klagt der Bewucherte gegen ihn, so wird der Umfang seiner Herausgabepflicht nach Maßgabe der für das BGB. geltenden Saldotheorie behandelt, wenngleich der Wucherer selbst keinen Anspruch gegen den Bewucherten hat[7]).

Diese Regelung ist durchaus erklärlich, da nach dem Ausspruch Stelmachowitsch's, des Präsidenten des Moskauer Gouvernementsgerichts, das „Sowjet-Zivilrecht der Stärkung der sozialistischen Elemente der Wirtschaft und deren Siege über

7) Anders also als im BGB. (siehe oben S. 54).

die kapitalistischen zu dienen hat". Diese Tendenz zeigt sich[8]), wie wir gesehen haben, bei der Lösung der Wucherfrage und findet ihren deutlichsten Widerhall in dem Zirkular Nr. 51 des V.K.f.I. vom 14. März 1923 (vgl. LSJ 1923, Nr. 11 S. 258)[9]). Hiernach wird die Anwendung des § 33 ZGB. zum Nachteil der Staatsbanken verboten, d. h. „wenn die Staatsbank Gläubigerin ist, so kann das Gericht das Geschäft auch dann nicht für nichtig erklären oder seine Wirksamkeit für die Zukunft aufheben, wenn der Vertragsgegner der Staatsbank den Vertrag unter dem Einfluß äußerster Not geschlossen hat". Das Sowjet-Recht unterscheidet eben scharf zwischen Privat- und Staatskapital und schützt nur das letztere.

§ 12: Romanischer und anglo-amerikanischer Rechtskreis.

Das italienische Recht[10]) kennt kein ausdrückliches Verbot des Wuchers. Die Vereinbarung wucherischer Zinsen stellt keine gegen die guten Sitten verstoßende unerlaubte causa dar. Die Höhe des Zinsfußes ist vielmehr den Parteien überlassen (Art. 1831 Abs. III C c.), ja, Art. 1830 bestimmt sogar: „Der Anleiher, welcher nicht vereinbarte, oder das vereinbarte Maß übersteigende Zinsen bezahlt hat, kann sie weder zurückfordern, noch vom Kapitale abrechnen". Gleichwohl zeigt sich auch im italienischen Recht „das Bestreben, das einzelne wucherische Geschäft auf andere Weise unschädlich zu machen". So bestimmt Art. 1831 Abs. 4 — der allerdings nicht für Handelssachen gilt —: „In bürgerlichen Rechtsangelegenheiten müssen die das gesetzliche Maß überschreitenden Zinsen durch ein Schriftstück erwiesen werden, andernfalls sind gar keine Zinsen zu entrichten". Diese Regelung ist aus folgenden Gründen erfolgt: „Der Darlehnsgeber muß den Mut haben, sich als

8) D. Sowjet-Strafgesetzbuch (SGB.) v. 1. Juni 1922 (s. Maklezow a.a.O. S. 365, 411) sieht im Falle des Wuchers (§ 193 SGB.) „die Strafandrohung der Konfiskation d. ganzen Vermögens oder eines in Urteile zu bestimmenden Teiles desselben" vor. (Freund a.a.O S. 171). In dem neuen Strafgesetzentw. I (d. Gen. Prokuros Krylenko . . .) wird d. Wucher als konterrevolutionäres bezw. dem gleichgestelltes Verbrechen, also als „Kapitalverbrechen" angesehen, worauf Erschießung, Stellung außerhalb d. Gesetzes, Einschließung i. Isolator, i. Arb.Lagern m. nachfolg. Zwangsansiedlung, Verbannung u. Konfiskation stehen sollen (Müller a.a.O. S. 647, 651).

9) Freund a.a.O. S. 155 zu § 33.

10) Siehe Rheinstein a.a.O. S. 618 ff.

das zu zeigen, was er ist, und der öffentlichen Meinung gegenüberzutreten. Ein Darlehnsgeber, der statt dessen den wucherischen Zins der Kenntnis der Oeffentlichkeit vorenthält und die Vereinbarung unter einer anderen Form versteckt, um dieser einzigen gesetzlichen Sanktion zu entgehen, kann nicht den Schutz des Gesetzes verlangen, der erlaubten Geschäften allein vorbehalten ist. Das von ihm abgeschlossene Geschäft ist „in fraudem legis"."

Auch das belgische Recht[11]) kennt keine besondere Wucherbestimmung. Es zeigt sich aber in der belgischen Rechtsprechung die Tendenz, den Wucher als Nichtigkeitsgrund anzusehen. Dies zeigt nach den Entscheidungen des Appellhofs Brüssel vom 11. Oktober 1910 (Belg.Jud. 1910, 1151) und vom 3. Mai 1921 (Belg.Jud. 1921, 43) vor allem die Entscheidung des Appellhofs Gent vom 8. Juni 1928 (Belg.Jud. 1929, 94). Nach dieser Entscheidung gibt es kein gesetzliches Zinsmaximum, ist es auch nicht Sache der Gerichte, solche Verträge, die geschäfts- oder verfügungsfähige Parteien ohne Einwirkung irgendwelchen Zwanges abgeschlossen haben, nach freiem Ermessen abzuändern. Die Vereinbarung übermäßiger Zinsen, so führt die Entscheidung dann aus, trüge den Beweis der Habgier (rapacité), den Ausbeutungswillen des Darlehnsgebers und die Ausnutzung der Notlage (l'abus de la faiblesse) in sich, widerspreche dem Interesse der Gesellschaft (intérêt sozial) und den allgemein anerkannten Regeln des Anstandes. Der Gesetzgeber habe den Fall des Rechtsmißbrauchs (abus de droit) voraussehen müssen und der Einsicht des Richters überlassen, die nötigen Gegenmittel zu finden. Eine wucherische Vereinbarung sei, da unter Zwang, (contrainte) zustande gekommen, ihrem Zwecke nach unsittlich und müsse daher von dem Gericht für nichtig erklärt werden, „ebenso wie Verträge, die bezwecken, Glücksspiele oder unsittliche oder den Staatsinteressen widersprechende Institutionen zu fördern".

Ebenfalls das französische Recht enthält keine zivilrechtliche Wuchervorschrift. Nach Rehn[12]) ist nun auf Grund der Bestimmungen der Art. 1131, 1133 code civil im französischen Recht die Konsequenz gezogen worden, daß der Wucherer kein Zurückforderungsrecht hat: Art. 1131: L'obligation sans cause,

11) Schelling a.a.O. S. 644 ff.
12) a.a.O. S. 13, Anm. 4 das.

ou sur une finesse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, Art. 1133: La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à la l'ordre public" [13]). Berücksichtigt man nun, daß in diesen Fällen regelmäßig der dingliche wie der obligatorische Vertrag nichtig sind, dann kann selbst derjenige, den wegen des unerlaubten oder unsittlichen Zweckes seiner Zuwendung ein Vorwurf trifft, zurückfordern; denn der Rückfordernde beruft sich dann nicht auf eigene turpitudo, sondern auf die Nichtigkeit [14]). Zudem ist es im französischen Recht bald verneinend [15]), bald bejahend [16]) beantwortet worden, ob der Grundsatz „nemo auditur turpitudinem suam allegans" Geltung habe. Zumindest aber gilt dieser Grundsatz nicht in aller Schärfe für das wucherische Rechtsgeschäft; denn selbst Crome, der diesem Grundsatz im französischen Recht Bedeutung beimißt [17]), erklärt: „Dagegen ist zufolge des Gesetzes vom 7. Sept. 1807 wohl ein Vertrag, in welchem, wenn auch nicht in Worten, doch der Sache nach ein wucherliches Darlehen liegt, insofern ungültig, als er wucherlich ist. Es kann daher die Gegenpartei nach Verschiedenheit der Fälle, entweder die gänzliche Vernichtung eines solchen Vertrages oder die Herabsetzung der bedungenen Zinsen auf den gesetzlichen Zinsfuß ... verlangen". Ist aber der Vertrag gänzlich nichtig, so ist auch nach Art. 1131 die Uebereignung nichtig. Der Wucherer hat also die Eigentumsklage [18]). Werden nur die Zinsen herabgesetzt, so behält der Wucherer den Vertragsanspruch auf die hingegebene Darlehnsvaluta [19]). Somit hat der Wucherer also auf jeden Fall ein Rückforderungsrecht.

Im Gegensatz zu dem romanischen Recht enthält das englische Recht Wucherbestimmungen: Vorschriften über undue influence [20]) (ungehörige Beeinflussung), usury [21]). So macht z. B. die Ausnutzung einer pekuniären Zwangslage das Rechts-

13) Daniels, a.a.O. S. 462—465.
14) Crome, Hdb. d. frz. Zivilrechts Bd. II § 412 a III S. 752, 753.
15) Chambre civile des Kassationshofes (Rundstein, Arch.f.Bürg.R. Band 43 S. 378).
16) Chambre des requêtes (Rundstein Arch.f.Bürg.R. Bd. 43 S. 378).
17) A. A. vor allem RG. 40, S. 326 ff (S. 328).
18) Siehe auch Friedmann a.a.O. S. 17.
19) Lux LZ. 1919 S. 562 u. Anm. 2 daselbst.
20) Schirrmeister Bd. I S. 521.
21) Kuhn, a.a.O. S. 185.

geschäft anfechtbar[22]). Nach § 81 hat der Verletzte die Wahl, ob er den Vertrag anfechten oder beim Vertrage bleiben will. Die Anfechtung selbst hat innerhalb einer gewissen Zeit zu erfolgen (§ 82). Aeußert der Beeinflußte, daß er den Vertrag bestätige, so kann er nicht mehr anfechten (§ 83). In solchen Fällen muß die Person, welche die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet, ihre Uneigennützigkeit (fairness) beweisen[23]).

Vor allem wendet sich das englische Recht gegen den gewerbsmäßigen Wucher. Zu diesem Zweck wurde am 1. November 1900 die sogen. Moneylenders Act 1900 (63 & 64 Vict. c. 51) erlassen[24]), die am 29. Juli 1927 durch die Moneylenders Act 1927 (17 & 18 Geo. V., ch. 21: An act to amend the Law with respect to persons carrying on business as Moneylenders)[25]) ergänzt und abgeändert worden ist[26]). Wesentlich ist, daß der moneylender, der gewerbsmäßige Geldverleiher, — „mit Ausnahme der Pfandleiher (pawnbrokers), der Banken, Versicherungsunternehmungen und gewisser Genossenschaften sowie einiger anderer juristischer Personen" [27]) — einer besonderen Lizenz bedarf[28]), daß ohne diese die Verträge illegal und nicht klagbar sind[29]). Fordert nun der moneylender unverhältnismäßig hohe Zinsen oder Kosten, so kann das Gericht diese nach der auch heute noch geltenden sect. I. Moneylenders Act 1900 auf einen angemessenen Betrag herabsetzen (re-opening of transactions). Hat der Wucherer dann schon zuviel erhalten, so muß er den Mehrbetrag zurückzahlen[30]). Kommt der Entleiher mit einer Rate in Verzug, so kann das Gericht auf die entsprechende Klage des moneylendes den Vertrag lösen und anordnen, daß der Entleiher die restliche, noch nicht fällige Schuldsumme nebst von dem Gericht zu bestimmenden Zinsen zu erstatten hat (sect. 13 ss. 2 der Moneylendes Act 1927)[31]). Der Wucherer erhält also stets sein tatsächlich hingegebenes

22) Schirrmeister Bd. I S. 520.
23) Derselbe zu §§ 81 ff. (§ 81 IV S. 507).
24) Haarhaus a.a.O. S. 56.
25) Arndt a.a.O. S. 268, 5.
26) Prochownick, Bd. II S. 836.
27) Arndt a.a.O. S. 268, 5.
28) Prochownick, Bd. II S. 836; vgl. Haarhaus a.a.O. S. 56 und ff.
29) Schirrmeister S. 519, 3 für d. M.-Act 1900 für d. Fall, daß der Moneylender nicht eingetragen ist; ders. Rechtszustand wird auch wohl heute bei fehlender Licenz eintreten.
30) Arndt, a.a.O. S. 268, 3; Curti a.a.O. S. 59; Lux LZ. 1919 S. 561/2; Haarhaus a.a.O. S. 56 ff.
31) Arndt, a.a.O. S. 269.

Kapital nebst angemessenen Zinsen zurück. Auch in Amerika (U.S.A.) hat der Wucherer im allgemeinen ein Rückforderungsrecht. In manchen der Vereinigten Staaten, z. B. in New York, verliert der Wucherer Kapital und Zinsen[32]).

§ 13: Deutscher Rechtskreis.

Das wucherische Rechtsgeschäft hat im österreichischen Recht folgende Regelung gefunden: § 1 der „Kaiserlichen Verordnung vom 12. Oktober 1914", der als § 879 Zif. 4 in das Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB.) übergegangen ist[33]), bestimmt[34]): „Ein Vertrag ist nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte seiner Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht." Die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts kann aber nur der Bewucherte geltend machen[35]), niemals der Wucherer, da es sich „um einen verzichtbaren privatrechtlichen Anspruch" des Bewucherten handelt[36]). Läßt nun der Bewucherte das Geschäft nicht gelten, so bestimmen sich die Rechtsfolgen des wucherischen Vertrages nach § 7 der Kaiserlichen Verordnung vom 12. Oktober 1914, der besagt[37]): „Ist ein Vertrag nach den vorstehenden Bestimmungen nichtig, so hat jeder der beiden Teile alles zurückzustellen, was er aus dem nichtigen Geschäft zu seinem Vorteil erhalten hat. Insbesondere sind Geldzahlungen mit den gesetzlichen Zinsen vom Empfangstage zurückzuerstatten, die übergebenen Sachen zurückzustellen oder deren Wert zur Zeit des Empfanges zu ersetzen, die auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen, und für die Benützung und die Entwertung der Sache in der Zwischenzeit eine angemessene Vergütung zu leisten. Ergibt sich aus der Berechnung der beiderseitigen Ansprüche ein

32) Kuhn, a.a.O. S. 165, der allerdings f. d. Fall d. Wuch. im engl. Recht d. Verlust d. Zinsen annimmt.
33) Ehrenzweig, Bd. II 1 § 316 II S. 170.
34) Altmann, a.a.O. S. 667 Anh. 28.
35) Ehrenzweig Bd. II 1 § 316 II B S. 173; Mayr, Rob., Lehrb. d. Bürg. R. Bd. II Buch 3 § 317 II S. 61.
36) Ehrenzweig wie in Anm. 35) und auch Anm. 68.
37) Altmann, a.a.O. S. 668 Anh. 28.

Mehranspruch für einen der beiden Vertragsteile, so haftet hierfür die für den vertragsmäßigen Anspruch erworbene Sicherstellung." Der Wucherer hat also grundsätzlich ein Rückforderungsrecht [38]).

Das ungarische Privatrecht ist bisher in seiner Gesamtheit noch nicht codifiziert. Die bisherigen Gesetzentwürfe laufen aber darauf hinaus, dem Wucherer die Rückforderung der gezahlten Valuta zu gewähren. Während der Bewucherte [39]) nach dem 2. Entwurf (§ 782) ein Wahlrecht hatte — „Nichtigerklärung (bezw. Wandlung) oder Reduktion auf das Billige (Minderung)" [40]) — bestimmt neuerdings § 751 des Kommissionsberichts die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts. Auf die Nichtigkeit kann sich der Wucherer oder ein Dritter nur dann berufen, wenn sich der Bewucherte selbst darauf berufen hat [41]). Beruft sich der Bewucherte auf die Nichtigkeit oder tritt — das scheint nach Almási ein neuerer Entwurf zu bestimmen, da Almási [42]) sagt: „Liegt ein solches (sc. Wuchergeschäft) vor, so hat ... infolge der Nichtigkeit derselben ..." — ohne weiteres die Nichtigkeit des Rechtsgeschäft ein, so muß der Wucherer dem Bewucherten alles das zurückgeben, was der Bewucherte über das wirklich Kreditierte an dem Wucherer oder zu seinen Gunsten an Dritte geleistet hatte. Der Wucherer hat ferner dem Bewucherten auch die gesetzlichen Zinsen der also rechtswidrig aufgenommenen Werte zu vergüten [43]). Der Wucherer scheint nach alledem ein Rückforderungsrecht zu haben. Hierfür spricht auch die Entscheidung 5269/1927 K. P. III, wonach auch im Falle der beiderseitigen turpis causa die geltendgemachte Forderung „insofern der Rechtshilfe teilhaftig wird, als das Behalten der Leistung die betr. Partei zu Lasten der anderen ungerechtfertigt bereichern würde [44]).

Das schweizerische Recht gewährt ebenfalls dem Wucherer ein Rückforderungsrecht. Art. 21 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR.) bestimmt: Abs. 1 „Wird ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch

38) Nach § 1000, 879 Ziff. 4 gilt derselbe Rechtszustand auch für die Tschechoslowakische Republik (Melzer a.a.O. S. 527, 450—452; Anh. 15).
39) Heymann a.a.O. S. 35.
40) Reichel in LZ. 1917 S. 655.
41) Heymann, a.a.O. S. 35, 36.
42) Bd. II § 11 2 S. 195.
43) Almási Bd. II § 11 2 S. 196.
44) Zoltán a.a.O. S. 913, 914.

einen Vertrag begründet, dessen Abschluß von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen herbeigeführt ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, daß er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlange." Abs. 2: „Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluß des Vertrages." Es kann sich also nur der Bewucherte, nicht dagegen der Wucherer auf die Unverbindlichkeit berufen[45]). Die Rechtslage ist ebenso wie im § 31 OR. zu beurteilen, d. h. der Vertrag ist für den Bewucherten unverbindlich, kann aber durch Genehmigung oder Versäumung der Anfechtungsfrist gültig werden. Von amtswegen ist die Unverbindlichkeit nicht zu beachten. Andere Rechtsmittel stehen dem Bewucherten — abgesehen von der Schadensersatzklage[46]) — nicht zu. Der Bewucherte kann also nicht verlangen, daß der nicht-wucherische Teil aufrecht erhalten bleibt[47]). Ist der wucherische Vertrag von dem Bewucherten gemäß Art. 21 OR. „angefochten" worden, so kann[48]) der Bewucherte seine ausstehende Leistung verweigern, oder, wenn er sie schon vorgenommen hat, mit der Eigentumsklage oder der Bereicherungsklage zurückverlangen. In diesen Fällen kann aber auch der Wucherer seine Leistung zurückverlangen, weil infolge der „Anfechtung" der Vertrag und damit der Grund seiner Leistung weggefallen sind. Diesem Rückforderungsrecht des Wucherers steht Art. 66 OR.: „Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden" nicht entgegen; denn der Wucherer beabsichtigt nicht, jedenfalls regelmäßig nicht, mit seiner Leistung einen unsittlichen Erfolg herbeizuführen, sondern leistet entweder in Erfüllung des für ihn verbindlichen Vertrages (solvendi causa) oder zur Begründung des Darlehnsvertrages (credendi causa).

---

45) Vgl. z. folgenden v. Tuhr, Allg. Teil Schw. Obl. R. 1. Halbbd. § 40 II S. 282; Oser a.a.O. zu Art. 22 S. 156, Ziff. 3 (14).

46) v. Tuhr, a.a.O. § 40 II S. 282, § 39 V S. 277 ff.

47) Oser a.a.O. zu Art. 22 S. 156 Ziff. 15 b; nach Oser a.a.O. zu Art. 22 S. 156 Ziff. 15 c geht Art. 21 als lex specialis dem Art. 22 vor; ist aber d. Wucherzins zugleich widerrechtlich, weil er z. B. dem kantonalen Zinsmaximum widerspricht, so gilt Art. 21 Abs. 1 u. 2: „Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat, oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Betrifft aber d. Mangel bloß einzelne Teile d. Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen sein würde".

48) Vgl. z. folgenden v. Tuhr a.a.O. § 40 II S. 282; § 39 S. 276.

Wir sehen also, daß der Wucherer in fast allen Staaten seine hingegebene Valuta zurückfordern kann. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Der Wucherer gibt sein gutes Geld, hilft dem Bewucherten aus dessen augenblicklicher Not. Der Bewucherte ist sehr oft derart kreditunwürdig, daß ihm niemand mehr Geld anvertraut. Tut dies der Wucherer, so ist sein Risiko meist enorm groß. Weshalb soll dann der Bewucherte das Geld behalten dürfen? Der Bewucherte könnte ja froh sein, einem Wucherer in die Hände zu fallen[1]). Krückmann[2]) meint, dann wäre bald der Wucher ausgestorben, während dieser Uebergangszeit müsse man dem Bewucherten das Geld belassen. Das erscheint aber als ein Trugschluß. Der in Not Befindliche würde dann kaum einen Geldgeber finden, da jeder Geldgeber sein Kapital verzinsen will und zwar bei einem Notleidenden — infolge des größeren Risikos — sehr hoch. Läuft aber der wucherische Geldgeber nun Gefahr, alles zu verlieren, so wird er im Verborgenen nur noch höhere Zinsen etc. verlangen[3]).

Nach all dem erscheint die Lösung der Wucherfrage im BGB. als die richtigere. § 817 ist eben keine verfehlte Gesetzesbestimmung[4]), der Fehler liegt nur in der falschen Anwendung des Gesetzes. § 817 Satz 2, das können wir nun in Uebereinstimmung mit Jung[5]) sagen, trifft nur dann zu, wenn das Kausalgeschäft gültig ist. Dies führt allerdings auch zu der Konsequenz, daß § 817 Satz 2 selbst dann, wenn § 817 Satz 1 und gleichzeitig § 812 Abs. 1 Satz 1 vorliegen, keine Anwendung findet, daß § 817 Satz 2 letzten Endes nur sehr selten eingreift. Aber einmal ist eine Leistung, der ein Rechtsgrund fehlt, eine ganz sinnlose, eine solche, die eben ohne Rücksicht auf das Verhalten des Gebers zurückgegeben werden muß[6]), sodann gibt es im BGB. manche Vorschriften, die nur sehr selten Anwendung finden, z. B. § 226 BGB.[7]). Der Versuch, § 817 Satz 2

1) Cohn, DJZ. 1904 S. 854 ff.
2) Ztschr. f. Rechtspflege in Bay. 1915 S. 191, 192.
3) Vgl. Kaufmann Recht 1918 S. 119.
4) So vor allem RGR.Komm. § 817 6 S. 524, Enneccerus-Lehmann Bd. II § 223 2 b S. 704 ff.
5) Bei Stammler § 120 c S. 757, 758; wir stimmen jedoch nicht damit überein, daß § 817 **Satz 1** ein gültiges Kausalgeschäft voraussetzt.
6) Leonhard § 266 S. 506. A. A. Ennec.-Lehmann Bd. II § 223 S. 705 Anm. 7: Er will an der Ausdehnung d. § 817 Satz 2 als Regel festhalten, sie aber dann nach § 242 versagen, wenn sie zu unbillig. Ergebn. führt.
7) Leonhard Bes. Schuldr. § 264 S. 502.

der Kondiktion des Wucherers entgegenzusetzen, scheint vielmehr nur darauf zu beruhen, eine selten anwendbare Bestimmung deshalb anzuwenden, weil sie in dem wichtigen Kapitel der ungerechtfertigten Bereicherung steht.

Vergleichen wir nun den Tatbestand des § 138 Abs. 2 mit den entsprechenden Bestimmungen des fremden Rechts, so finden wir, daß § 138 Abs. 2 in knapper, präziser Form das wucherische Rechtsgeschäft umschreibt. Aus der Rechtsvergleichung aber ersehen wir, daß das wucherische Geschäft nicht überall für nichtig erklärt wird. Diese Regelung im BGB. erscheint uns auch verfehlt[8]). Wir haben in § 3 gesehen, daß die Nichtigkeit des wucherischen Rechtsgeschäfts von amtswegen zu beachten ist, daß sie von jedem Interessenten, dem Bewucherten wie auch dem Wucherer geltend gemacht werden kann. Dies führt zu den unhaltbarsten Ergebnissen, wie folgendes Beispiel zeigt. In der Nähe einer Stadt befinden sich zwei Ausflugslokale, die voneinander vielleicht 5 Minuten entfernt sind. Der Eigentümer des einen baut sein Lokal aus und hat infolge neuzeitlicherer Einrichtungen einen größeren Zuspruch. Der Eigentümer des anderen muß, um leben zu können, ebenfalls umbauen. Da ihm die Mittel fehlen, er aber infolge hoher Belastung seines Eigentums sonst keinen Kredit erhält, wendet er sich an einen Wucherer. Dieser gibt ihm das Kapital nur gegen übermäßige Zinsen, da er die Verhältnisse genau kennt. Kommt nun der Bewucherte mit der Zahlung der Zinsen in Verzug und erhebt der Wucherer Klage, so hat das Gericht von amtswegen die Nichtigkeit des wucherischen Darlehnsvertrages zu beachten. Oder aber: will der Wucherer sein Geld anderwärts besser anlegen, so kann er die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen. In beiden Fällen ist der Bewucherte verpflichtet, sofort das ganze Kapital zurückzuerstatten. Da er aber das Geld in dem Umbau stecken hat, kommt — falls er nicht einen anderen Wucherer findet — notwendigerweise sein Anwesen zur Zwangsversteigerung.

Das Gesetz, das in den §§ 138 Abs. 2 u. a. dem sozial Schwächeren helfen will, ruiniert ihn. So sind denn in ganz Preußen

---

8) Vgl. z. folgend. Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 179 III S. 588 Anm. 6 a; Lehmann, Wucher u. Wucherbekämpfung S. 5 ff., S. 62,63. Lehmann, Allg. Teil § 29 IV 3 S. 378. Reichel, DJZ. 1913 S. 150; LZ. 1917 S. 654 ff. Rümelin, Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 98 S. 273 Anm. 361. Staudinger Bd. I § 138 II 4 S. 585. v. Tuhr, allg. Teil d. Schw. Obligationsrechts Bd. I § 40 II S. 281 u. a.

im Jahre 1886 3% sämtlicher Zwangsvollstreckungen landwirtschaftlicher Betriebe durch Geldwucher herbeigeführt worden[9]), ein Prozentsatz, der bei der augenblicklichen Wirtschaftslage wohl erheblich höher sein dürfte. Wir sehen also, daß die im § 138 Abs. 2 bestimmte Nichtigkeit die gesamten wirtschaftlichen Grundlagen des Staates und der öffentlichen Wohlfahrt bedroht.

Auf dieser Erwägung beruhen denn auch die Ansichten derer, die die Nichtigkeit des gesamten wucherischen Vertrages verneinen[10]), ferner wohl auch die Regelungen im fremden Recht. Der Tatbestand des Wuchers und der arglistigen Täuschung berühren sich sehr nahe. Wenngleich die Bewucherung des Gegners sittenwidrig ist, so beschränkt sich diese Sittenwidrigkeit doch nur auf den engeren Kreis der Vertragsgegner, wirkt sich erst dann, wenn der Vertrag für nichtig erklärt wird, auf die Oeffentlichkeit aus[11]). So wäre unseres Erachtens die Anfechtbarkeit des wucherischen Rechtsgeschäftes vorzuziehen. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, darf dieses Anfechtungsrecht nur dem Bewucherten verliehen werden. Die Anfechtung darf aber nicht ohne weiteres die Nichtigkeit herbeiführen, da sonst keine Verbesserung der Rechtslage des Bewucherten einträte. Es muß vielmehr dem Bewucherten überlassen bleiben, ob er die Nichtigkeit wünscht. Wünscht er dieselbe, um sämtliche Beziehungen zu dem Wucherer zu lösen, so ist das Rechtsgeschäft mit der Maßgabe für nichtig zu erklären, daß der Bewucherte das empfangene Kapital in von dem Gericht festzusetzenden Raten zurückzuzahlen hat[12]). Nun muß man aber verlangen, daß der Bewucherte den Wucherer nicht im unklaren läßt. So wäre es unseres Erachtens angebracht, wenn der Bewucherte von seinem Anfechtungsrecht nur ein Jahr von Kenntnis der Bewucherung bezw. Behebung der Zwangslage an Gebrauch machen kann. Unterläßt der Bewucherte die Anfechtung, so gilt der Vertrag zwar weiter, wird aber ohne weiteres auf ein billiges Maß reduziert.

Diese Regelung erscheint uns als die bessere, da der Wu-

---

9) Caro, a.a.O. S. 3.
10) Siehe oben § 4, vor allem Eckstein.
11) U. E. nicht richtig RG. 123 S. 105.
12) Der ungarische Entwurf, § 1517 gewährte richterliche Stundung (Ehrenzweig Bd. II, 1 § 316 II B S. 174 Anm. 76).

cherer sein Kapital nicht verliert[13]), der Bewucherte als der sozial Schwächere wahrhaft geschützt wird. In Anbetracht dessen schlagen wir daher folgende Regelung vor:

1. § 138 Abs. 2 BGB. wird dahin geändert:

„Gegen die guten Sitten verstößt insbesondere ein Rechtsgeschäft durch ....."

2. Es wird folgende Bestimmung in das BGB. aufgenommen:

§ 138 a BGB.

„Ein nach § 138 Abs. 2 gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft ist von dem Verletzten mit der Maßgabe binnen Jahresfrist anfechtbar, daß das Rechtsgeschäft nach seiner Wahl für nichtig erklärt oder auf ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis gebracht wird.

Im Falle der Nichtigkeit hat der Verletzte die empfangene Leistung innerhalb von den Umständen nach angemessenen Fristen zurückzuerstatten.

Die Anfechtungsfrist beginnt mit der Behebung der besonderen Zwangslage bezw. der Kenntnis des Bewucherten von der Unverhältnismäßigkeit der von ihm in Leichtsinn oder Unerfahrenheit versprochenen Leistungen. Unterbleibt die Anfechtung, so ist das Rechtsgeschäft auf ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis zu bringen."

---

13) Die Regelung im Sowjetrecht § 149 Abs. 2, § 150 Abs. 2, § 402 — die übrigens auch dem ALR. §§ 172, 173, 205, 206, 209 ALR. I 16 bekannt war — erscheint uns zu kraß. Es erscheint nicht mehr als recht und billig, daß der Wucherer sein Kapital zurückerhält. (Jung bei Stammler § 120 c S. 757, Leonhard, Bes. Schuldrecht, § 266 S. 506; Heck a.a.O. S. 7, 63). Eine derartige Regelung wäre dann angebracht, wenn § 817 Satz 1 und 2 vorliegen; denn § 817 will mißliebige Prozesse abschneiden (Leonhard, Lehrb. S. 56 II B 2; Oettinger a.a.O. S. 22). § 817 sollte dann aber auch keiner Partei etwas zukommen lassen.

LEBENSLAUF

Am 22. März 1905 wurde ich als Sohn des Bürgermeisters Adolf Klappert und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Pollmann, in Norderney geboren. Nach kurzem Privatunterricht besuchte ich die Vorschule der städtischen Realschule zu Bad Salzuflen und kam dann auf das Friedrichs-Gymnasium zu Herford. Ostern 1925 bestand ich die Reifeprüfung an dieser Anstalt.

1925 bezog ich die Universität Marburg zum Studium der Rechtswissenschaft und setzte die Studien in Bonn und Münster fort. Am 20. Oktober 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 2. Januar 1931 bin ich im preußischen Ausbildungsdienst als Referendar beschäftigt. Am 14. Juni 1932 bestand ich das mündliche Doktorexamen.